

Centro Universitário de Brasília – UniCEUB

Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

Curso de Direito

DAYLA DIOGO MOURA

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS PRESTACIONAIS
NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE.**

Brasília – DF.

2011

DAYLA DIOGO MOURA

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS PRESTACIONAIS
NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE.**

Dissertação apresentada para obtenção do título de bacharel em Direito da Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais do Centro Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Dr. Álvaro Luís de Araújo Ciarlini.

Brasília – DF.

2011

DAYLA DIOGO MOURA

**A EFICÁCIA DOS DIREITOS PRESTACIONAIS
NO ÂMBITO DO DIREITO À SAÚDE.**

Dissertação apresentada para obtenção do
título de bacharel em Direito da Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília – UniCEUB.
Orientador: Prof. Dr. Álvaro Luís de Araújo
Ciarlini.

Brasília, 13 de maio de 2010

Banca Examinadora

Prof. Álvaro Luís de Araújo Ciarlini, Dr.
Orientador

Prof. Ivan Claudio Pereira Borges, Dr.
Examinador

Prof. Ricardo Vieira de Carvalho Fernandes, Dr.
Examinador

*A todas aquelas pessoas que transformam
suas idéias e sonhos em projetos reais,
ajudando a construir uma sociedade
melhor.*

*“De tudo, ficaram três coisas:
a certeza de que estamos sempre começando,
a certeza de que precisamos sempre continuar,
a certeza de que seremos interrompidos antes de terminar.*

*Portanto, devemos:
fazer de interrupção um caminho novo,
da queda, um passo de dança,
do medo, uma escada,
do sonho, uma ponte,
da procura, um encontro.”*

Fernando Pessoa

RESUMO

Com o propósito de demonstrar que a saúde, mesmo sendo um direito de todos, positivado em nossa Lei Maior, a Constituição Federal, não possui a devida observância, o que gera, desse modo, a discussão a respeito da eficácia dos direitos prestacionais no âmbito do direito à saúde. Inicialmente, busca-se demonstrar a evolução constitucional dos direitos fundamentais ao longo dos tempos, no sentido de que vêm tomando uma posição cada vez mais importante em nosso ordenamento jurídico e por isso, cada vez mais importante se faz a devida observância de tais direitos pelo Poder Público em geral, para que os cidadãos possam ser tratados com a efetiva dignidade que lhes é garantida constitucionalmente. Adiante, trata-se da eficácia de tais direitos sociais em concreto, para que não sejam normas de cunho meramente programático, devendo ser sua aplicabilidade de forma imediata, não bastando apenas estarem positivados no texto constitucional, assim, apresenta-se o Sistema Único de Saúde como uma forma de melhor efetivação desses direitos, por meio do qual se procura uma maior descentralização no atendimento, por meio de iniciativa de todos os órgãos federativos, sendo, portanto, um sistema que, se devida a sua observância, melhor se fará o papel da saúde na sociedade. Traz-se, ainda, a discussão jurisprudencial a respeito da concreção desses direitos, no sentido de que o Estado não pode criar simples objeções com a intenção de se livrar do cumprimento desses direitos, com exemplo da reserva do possível e o mínimo existencial, sendo este último uma garantia de todos os cidadãos. Por conseguinte, são discutidas as consequências a essa omissão estatal, tendo como resultado natural, desse não fazer do Estado, de forma inconstitucional, um desprestígio à nossa Constituição Federal. Por fim, para encerramento do trabalho, trataremos de algumas ponderações acerca da questão da judicialização, no âmbito do direito à saúde, no sentido de que o Poder Judiciário passa a atuar de uma forma ativista com a intenção de fazer eficaz o que se determina em nossa Constituição Federal, no entanto, como veremos, por meio de uma interpretação paradoxal do texto constitucional.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Fundamentais. Direitos à Saúde. Eficácia. Judicialização.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

ADPF – Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental

AgRg – Agravo Regimental

AIS – Ações Integradas de Saúde

ANS – Agência Nacional de Saúde Suplementar

CF – Constituição Federal

CTI – Centro de Terapia Intensiva

DJ – Diário da Justiça

DUDH/ONU – Declaração Universal dos Direitos Humanos na Organização das Nações Unidas

INAMPS – Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social

LOS – Lei Orgânica da Saúde

NOAS - Normas Operacionais de Assistência à Saúde

NOB – Normas Operacionais Básicas

OMS – Organização Mundial da Saúde

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDESC – Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

RE – Recurso Extraordinário

SUDS - Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde

SUS – Sistema Único de Saúde

UTI – Unidade de Terapia Intensiva

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
 1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA CONSTITUCIONAL	
1.1 Direitos Fundamentais	11
1.2 Direitos Sociais Prestacionais	17
1.3 Fundamentos Teóricos do Direito à Saúde	23
 2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS PRESTACIONAIS PARA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE	
2.1 A concretização (eficácia social) do Direito à Saúde	29
2.2 O Sistema Único de Saúde como garantia institucional fundamental	38
2.3 A exigibilidade do Direito à Saúde como Direito Subjetivo: Intervenção Judicial	47
 3. OMISSÃO ESTATAL FRENTE À PRESTAÇÃO DE TUTELA SÓCIO-PROTETIVA	
3.1 Consequência: um desprestígio à Constituição Federal	55
3.2 Alternativas judiciais para a “racionalização” da prestação fundamental do direito à saúde.....	60
 CONCLUSÃO	65
 REFERÊNCIAS	68

INTRODUÇÃO

O tema em estudo, tratando da eficácia dos Direitos Sociais Prestacionais com ênfase no Direito à Saúde, mostra-se como um postulado constitucional contemporâneo.

Porém, faz-se necessário o reconhecimento de sua evolução histórica, principalmente no que tange à noção de dignidade da pessoa humana, que possui grande aproximação e correlação ao estudo feito.

O principal efeito e consequência à observância e eficácia dos Direitos Prestacionais é a viabilidade de se alcançar significativamente a dignidade da pessoa humana.

Assim, pode-se dizer que as raízes da dignidade da pessoa humana se encontram na elaboração das religiões, que surgiram ao longo dos tempos, mas principalmente do Cristianismo, onde o homem é visto à imagem e semelhança de Deus e que não pode ser tratado como um mero objeto.

Mais adiante, para os Clássicos, a idéia de dignidade tinha relação direta com a posição social que era ocupada pelo sujeito. No Estoicismo, a dignidade passa a ser tratada como algo que é inerente ao ser humano, sendo essa sua principal diferença em relação aos outros seres. Já nos tempos romanos, a dignidade se desvincula de cargo ou posição social e passa a aderir uma idéia de concepção moral.

No que se refere já por volta dos séculos XVII e XVIII, a dignidade passa a ser racionalizada, com a noção de igual liberdade e dignidade para todos os homens. Destaca-se aqui o pensamento desenvolvido pelo filósofo IMMANUEL KANT, que entendia por dignidade humana a autonomia ética, encontrada apenas nos seres racionais, além do que o homem não deveria ser visto e tratado como um mero instrumento.

Destaca-se, ainda, a importância da idéia desenvolvida por HEGEL, em sua Filosofia do Direito, que constitui a dignidade como uma qualidade a ser conquistada, através da noção de eticidade, mostrando que o sujeito alcança sua dignidade a partir do momento em que se torna cidadão.

É a partir desses pensamentos, então, que se fundam os atuais pensamentos e formulações jurídicas de dignidade da pessoa humana.

Mesmo com todo esse desenvolvimento da noção de dignidade, o tema nunca deixa de ser de importante discussão, pois possui valor fundamental no ordenamento jurídico e, principalmente, no Estado Democrático de Direito.

O homem sempre será um ser titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitos pelos outros sujeitos e também pelo Estado. Nesse sentido, levando-se em conta que a dignidade, acima de tudo, diz com a condição do ser humano, cuida-se de assunto de perene relevância e atualidade, tão perene e atual for a própria existência humana.

Portanto, considera-se meta permanente do Estado e do Direito o respeito, a proteção e a devida eficácia da dignidade da pessoa humana.

Tem-se como objetivo, então, centrar-se em aprofundar a eficácia de normas fundamentais previstas constitucionalmente, em específico na seara dos Direitos Sociais Prestacionais.

Parte-se, principalmente, do que é disposto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal de 1988, buscando-se onde se encontra o real alcance no que se refere à aplicabilidade imediata. Expressamente, dispõe:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

Grande importância se mostra quanto ao campo prestacional desses direitos, que não deixam de estar vinculados às iniciativas das entidades públicas e privadas, que trazem, também, grande contribuição para o alcance de sua efetividade.

Faz-se, assim, necessária a discussão de sua efetivação para que se busquem soluções para as realizações e eficácia dos Direitos Prestacionais, no que tange, principalmente, ao direito à saúde.

As considerações lançadas nesse trabalho não pretendem estabelecer uma solução final para o tema em discussão, tem-se o objetivo de prevenir e de certa forma contribuir para o que fato significa hoje a expressão “direito fundamental à saúde”, o qual se mostra de extrema complexidade ao tema que iremos enfrentar na presente discussão.

Pretende-se demonstrar que alguns critérios são indispensáveis de análise para o presente assunto, necessários para que possamos entender melhor o que realmente consideramos como “direito à saúde” e, ainda, quais seriam suas limitações formais e materiais e, por conseguinte, alguns efeitos que podem ser gerados a partir de sua afirmação pelo Poder Judiciário.

1. EVOLUÇÃO HISTÓRICA CONSTITUCIONAL

1.1 DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os Direitos Fundamentais em sua análise de origem, natureza e evolução ao longo dos tempos, é um tema de profunda riqueza, o que renderia a apresentação de vários trabalhos e teses. Porém, sendo nosso objetivo alçado de forma mais simples, destacaremos os pontos mais essenciais para melhor entendimento da importância e função dos Direitos Fundamentais.

Importante dizer que a perspectiva histórica se mostra de grande importância, uma vez que guarda grande relação com o surgimento do moderno Estado constitucional, reconhecendo-se a razão de ser da proteção aos direitos fundamentais do homem, bem como da dignidade da pessoa humana.

Pretende-se demonstrar a influência de momentos importantes, concepções doutrinárias e atuações jurídicas que antecederam e intensificaram a positivação dos direitos fundamentais, em âmbito constitucional, ao final do século XVIII.

Foi a partir do melhor reconhecimento desses direitos, visando à melhoria das necessidades básicas e da transformação do Estado Liberal para o moderno Estado de Direito, ainda, pelas transformações no processo de industrialização, tecnológico, científico e de descolonização, entre outros fatores, que surgiu a primeira idéia que marcou o reconhecimento de seu *status* constitucional material e formal. Destacaremos, então, o paralelismo entre a área filosófica e o processo de positivação e constitucionalização dos direitos fundamentais no que se refere ao final do século XVIII.

Mesmo com a certeza de que não foi na antiguidade que se deu o surgimento dos direitos fundamentais, não menos verdadeira é a afirmativa de que foi no mundo antigo, por meio de religião e filosofia, que surgiram grandes influências ao pensamento jusnaturalista e a concepção do que é o ser humano sendo titular de direitos inalienáveis, pelo simples fato de existir. Os principais direitos como dignidade da pessoa humana, liberdade e igualdade entre os homens apresenta estrita relação com a filosofia clássica, principalmente a greco-romana, bem como com o pensamento cristão.

No que diz respeito ao cristianismo, herdamos do Antigo Testamento a idéia de que o homem é feito à imagem e semelhança de Deus, o que na doutrina greco-romana, também se

defendia a concepção de que deveria haver unidade da humanidade e igualdade de todos os homens em dignidade.

Para melhor reconhecimento, posteriormente, no século XVIII, do que seriam os direitos fundamentais, necessário se faz o destaque às influências jusnaturalistas a partir do século XVI, com o pensamento, por exemplo, de SÃO TOMÁS DE AQUINO. Além de sua idéia de igualdade dos homens perante Deus, defendia também que a personalidade humana se caracterizava por ter seu valor próprio, inato, por meio de sua dignidade de ser humano, na qualidade de valor natural, incondicionado à personalidade do homem.

Foi a partir dessa época que houve uma laicização do direito natural, com conseqüente apogeu do Iluminismo e assim, o reconhecimento de direitos naturais aos indivíduos, tidos como expressão da liberdade e dignidade da pessoa humana.

Já no século XVII, foi por meio de obras de HUGO GRÓCIO (1583-1645), SAMUEL PUFENDORF (1632-1694), JOHN MILTON (1608-1674) e THOMAS HOBBES (1588-1679), que as idéias de direitos naturais inalienáveis e da submissão da autoridade aos ditames do direito natural tiveram maior importância, por meio de reivindicações do reconhecimento dos direitos de autodeterminação do homem, da tolerância religiosa, liberdade de manifestação oral e de imprensa, supressão da censura, atribuindo ao homem a titularidade de direitos naturais.

Importante ressaltar o pensamento de LORD EDWARD COKE (1552-1634), por meio da discussão do *Petition of Rights*, de 1628, o qual sustentou a existência de *fundamental rights* dos cidadãos ingleses, com proteção da liberdade pessoal contra a prisão arbitrária e o reconhecimento do direito de propriedade.

Sendo o primeiro a reconhecer os direitos naturais e inalienáveis do homem, como a vida, a liberdade e a propriedade, baseado no contrato social, JOHN LOCKE (1632-1704) demonstrou grande influência sobre iluministas por meio de suas obras, defendendo que os cidadãos eram verdadeiros sujeitos de direitos e não meros objetos do governo.

Em sua obra, PEREZ LUÑO nos diz que com LOCKE a defesa dos direitos naturais à vida, à liberdade e à propriedade converteu-se na finalidade precípua da sociedade civil e em princípio legitimador do governo.¹

Assim, já âmbito do Iluminismo, foi que ROUSSEAU (1712-1778), TOMAS PAINE (1737-1809) e KANT (1724-1804) desenvolveram o processo de contratualismo e a teoria dos direitos naturais dos indivíduos, com a substituição do termo “direitos naturais” por “direitos do homem” sendo, segundo NOBERTO BOBBIO, a partir do pensamento de KANT que se marca a fase histórica dos direitos humanos.² Entende KANT que todos os direitos estão abrangidos pelo direito à liberdade, que é um direito natural por excelência, que cabe a todos os homens em virtude de sua própria humanidade, sendo limitado apenas pela coexistência dos demais homens.³

A partir do século XVIII, com a elaboração das primeiras declarações, a elaboração da doutrina no que se refere aos direitos humanos, foi acompanhada de uma recepção de direitos, liberdades e deveres individuais, que são considerados os precedentes dos direitos fundamentais.

De grande importância, também, para evolução de tais direitos foi a Reforma Protestante, na qual foram feitas consideráveis reivindicações, tendo o reconhecimento da liberdade de escolha na opção de religião e culto em vários países da Europa. Consideram-se, igualmente, as conseqüentes guerras religiosas, com papel fundamental quanto à consolidação dos modernos Estados nacionais e absolutistas monárquicos, sendo, por sua vez, condição para as revoluções burguesas do século XVIII, com conseqüências no pensamento filosófico, levando à laicização do direito natural e na elaboração do individualismo liberal burguês.⁴

Foi justamente diante da laicização dos direitos e da individualização dos privilégios que se formou a garantia dos direitos fundamentais. Porém, mesmo com a grande contribuição desses documentos para atribuição do que seriam os direitos fundamentais, estes ainda não se consagrariam, pois a qualquer momento podiam ser nova e arbitrariamente subtraídos pela autoridade monárquica.

¹ LUÑO, Antonio E. Perez. Los Derechos Fundamentales. 7ª Ed. Madri: Tecnos, 1998. p.31.

² BOBBIO, Norberto. A Era dos Direitos. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação: Celso Lafer. Nova Ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 73.

³ Lição de LUÑO, Antonio E. Perez. Los Derechos Fundamentales. 7ª Ed. Madri: Tecnos, 1998. p. 32.

⁴ LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 120-1.

Diante disso, não podia ser esse o marco inicial do que hoje chamamos de direitos fundamentais, mesmo com a positivação de tantos direitos e liberdades civis, com limitações ao poder real em favor da liberdade individual, não se considera, ainda, o nascimento de tais direitos, uma vez que tais direitos e liberdades defendidas não vinculavam o Parlamento, faltando, assim, a devida supremacia e estabilidade, havendo apenas uma fundamentalização, mas não uma constitucionalização dos direitos e liberdades individuais fundamentais.

A partir, então, da disputa quanto ao real nascimento dos direitos fundamentais, que se dá entre a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, em 1776, e a Declaração Francesa, em 1789, é que se tem o marco inicial da transição dos direitos legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais.

Com a consequente ocorrência da supremacia normativa e garantia de justiciabilidade pela Corte Suprema, por meio do controle constitucional, pela primeira vez os direitos do homem são acolhidos e positivados como fundamentais constitucionais, ainda que sua consagração tenha sido somente com a Constituição de 1791, mais exatamente no momento em que a Corte Suprema afirma sua prática e supremacia normativa.

Outra ocorrência de grande importância foi a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, em 1789, que causou derrota ao antigo regime e trouxe a instauração da burguesia na França. Tanto as declarações francesas, como as americanas apresentavam grande cunho jusnaturalista e defendiam o ser humano como ser de direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis.⁵

Assim, a atuação de ambos os países foram de incontestável contribuição, destacando-se, entre os iluministas franceses, ROUSSEAU e MONTESQUIEU que tiveram forte influência sobre os revolucionários americanos, levando-se, assim, a consagração da Constituição Americana de 1787, com o princípio democrático e o princípio da separação dos poderes.

Tem-se que a contribuição francesa foi decisiva para o processo de constitucionalização e conhecimento dos direitos e liberdades fundamentais nas Constituições do

⁵ LUÑO, Antonio E. Perez. Los Derechos Fundamentales. 7ª Ed. Madri: Tecnos, 1998. p. 36.

século XIX. Importante, ainda, é o fato de que a positivação de tais direitos iniciou a afirmação do Estado de Direito, mesmo que de forma não definitiva, em sua concepção liberal-burguesa.

Depreende-se do art. 16 da Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, que “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”, guarda-se íntima relação com a vinculação indissociável entre os direitos fundamentais e as noções de Constituição de Estado de Direito.

Assim, tal concepção passou a ser o núcleo de formulação para as principais Constituições escritas, com a noção de limitação jurídica do poder estatal, a partir de garantias fundamentais de Estado, mas também o sistema de governo, a organização do poder, trazendo a essência do que seria um Estado constitucional, garantindo não apenas uma constituição formal, mas também a concretização de seu elemento material.

Passa-se, assim, à confirmação da íntima relação entre Constituição, Estado de Direito e direitos fundamentais e, a partir do que nos ensina KLAUS STERN, podemos afirmar que o Estado constitucional, firmado pelos direitos fundamentais, assumiu feições de Estado ideal, onde sua concretização passou ser objetivo permanente.⁶

É diante da idéia de atuação autêntica do Estado constitucional, por meio de medidas que pressupõem uma atuação juridicamente programada e controlada dos órgãos estatais, que os direitos fundamentais alcançarão sua eficácia. Estes, por sua vez, são considerados *conditio sine qua non* do Estado democrático, uma vez que passam a ser base e fundamento de afirmação de um Estado que, no exercício de seu poder, está limitado às condições dispostas em sua Constituição.⁷

É possível se chegar à idéia de legitimidade da ordem constitucional e Estado, a partir da consideração de Estado de Direito, não por sentido meramente formal, qual seja somente leis escritas, mas por meio de uma concepção de Estado material de Direito, que, além de garantir formas e procedimentos inerentes à organização do poder e competência dos órgãos estatais, reconhece metas, parâmetros e limites à atividade estatal, com valores, direitos e liberdades fundamentais.

⁶ K. Stern, *in*: HBStR V, p. 21.

⁷ LEAL, R. Gesta. Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos se Fundamentais no Brasil. p 163 e ss.

Os direitos fundamentais, com função limitativa do poder, legitimam o poder estatal da própria ordem constitucional, onde o poder se justifica pela realização dos direitos do homem, demonstrando que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos.⁸

Importante aqui a lição de LUIGI FERRAJOLI, dizendo-nos que os direitos fundamentais equivalem a vínculos que condicionam a validade das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado constitucional de Direito.⁹

Ainda, nas palavras de PEREZ LUÑO, existe um estreito nexo de interdependência genético e funcional entre o Estado de Direito e os direitos fundamentais, uma vez que o Estado de Direito exige e implica, para sê-lo, a garantia dos direitos fundamentais, ao passo que estes exigem e implicam, para sua realização, o reconhecimento e garantia do Estado de Direito.¹⁰

De acordo com JOAQUIM JOSÉ GOMES CANOTILHO, a transformação do poder constituinte e da própria Constituição em autêntica “reserva de justiça” e em parâmetro de legitimidade, ao mesmo tempo formal e material da ordem jurídica estatal, deu-se mediante a positivação de determinados princípios e direitos fundamentais.¹¹ Segundo o jurista lusitano, o fundamento de validade da constituição, sua legitimidade, é a dignidade de seu reconhecimento como ordem justa, assim como dispõe HABERMAS, e a convicção por parte da coletividade, da sua bondade intrínseca.¹²

Apesar de ausência expressa em nossa Constituição, qualificando a República como um Estado Social e Democrático de Direito, com referência ao art. 1º, *caput* da atual Carta que se refere apenas aos termos Democrático e Direito, não há dúvida de que esse princípio fundamental do Estado social encontra forte guarida em nossa Constituição.¹³

No Estado social de Direito, os direitos fundamentais sociais constituem o exercício efetivo das liberdades e garantia de igualdade (oportunidade), inerentes a uma noção de

⁸ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito: Coimbra Editora, 1994. p. 142.

⁹ FERRAJOLI, Luigi. Derechos y Garantías: La ley del más débil. p. 22.

¹⁰ LUÑO, Antonio E. Perez. Los Derechos Fundamentales. 7ª Ed. Madri: Tecnos, 1998. p. 19.

¹¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 113.

¹² Ibidem, p. 115.

¹³ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 336 e SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 21ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 102-103.

democracia e um Estado de Direito com conteúdo não meramente formal, mas, sim, guiado pelo valor de justiça material. Importante a lição de CABRAL PINTO, em que nos diz que os direitos fundamentais exigem a democracia material, pois apenas nesta os requisitos da dignidade humana poderão ser verdadeiramente preenchidos, já que só então os indivíduos estarão subtraídos, não apenas ao arbítrio do poder político, mas também às coações derivadas do poder econômico e social.¹⁴

Assim, a estrita ligação entre as noções de Estado de Direito, Constituição e direitos fundamentais, com o fim de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, dos valores de igualdade, liberdade e justiça, determinam a existência e a legitimidade de um Estado Democrático e Social de Direito, também consagrado positivamente em nossa constituição vigente.

1.2 DIREITOS SOCIAIS PRESTACIONAIS

Os direitos fundamentais, desde o seu reconhecimento nas primeiras Constituições, passaram por grandes transformações no que diz respeito à sua titularidade, eficácia e efetividade.

Com o seu nascimento diante dos clássicos escritos constitucionais da liberal-burguesia, continuam ainda a passar por grandes mudanças, inclusive com importante recepção no âmbito do Direito Internacional, com formas diversas de posições jurídicas, apresentando-se tão variável quanto às mudanças ocorridas na realidade social, política, cultural e econômica ao longo dos tempos.¹⁵

Com a efetividade da industrialização, seus conseqüentes problemas sociais e econômicos que surgiram e diante disso, a não garantia de gozo efetivo da liberdade e igualdade, doutrinas socialistas, por meio dessa constatação, surgiram gerando grande movimento reivindicatório pelo reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social.

¹⁴ PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito: Coimbra Editora, 1994. p. 149.

¹⁵ WEIS, Carlos. Direitos Humanos Contemporâneos. São Paulo: Malheiros Editores, 1999. p. 37 e ss.

O diferencial que se trata nesses direitos, conhecidos como de segunda geração, nos quais são os direitos econômicos, sociais e culturais, é a sua dimensão positiva, uma vez que não cabe mais ao Estado evitar a intervenção na esfera da liberdade individual, mas sim, garantir um “direito de participar do bem-estar social”.¹⁶

Esses direitos, já sendo contemplados nas Constituições Francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição Alemã de 1849, possuem grandes características, que são ainda hoje, de garantirem ao indivíduo prestações sociais estatais, como por exemplo, a assistência social, a saúde, a educação, o trabalho, entre outros, apresentando, assim, uma transmutação da realidade formal abstrata para uma realidade material concreta.

Foi no século XX, mais especificamente em Constituições que se fizeram no segundo pós-guerra, que os direitos sociais ganharam ainda mais importância com a edição em outras constituições que vinham surgindo, além de serem constante objeto de pactos internacionais. Como bem destaca PAULO BONAVIDES, estes direitos fundamentais, no que se diferenciam dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, surgiram abraçados aos princípios da igualdade, entendida num sentido material.¹⁷

A noção da palavra “social” se apresenta na idéia de que, entre outros aspectos, os direitos de segunda dimensão possuem relação direta com o princípio da justiça social, diante de reivindicações de classes menos favorecidas, em especial a classe operária, que se caracteriza de certa forma por extrema desigualdade.

Diante da idéia de dimensões dos direitos fundamentais, esses se apresentam com forma essencialmente dinâmica, marcados não só por avanços, mas também retrocessos, ressaltando, dentre outros aspectos, sua evolução histórica com concepção essencialmente jusnaturalista.

São com base em suas grandes transformações, que se constata que tais direitos são frutos de reivindicações concretas, por consequente injustiça ou agressão aos bens fundamentais e elementares do ser humano.

¹⁶ LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 127.

¹⁷ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 518.

Cumprer destacar que muitos desses direitos estão ganhando nova importância e mais atualidade, uma vez que surgem novas formas de agressão aos valores tradicionais e já incorporados ao patrimônio jurídico da humanidade, bem como da dignidade da pessoa humana.

Essa grande mudança, no âmbito do direito constitucional interno, se dá não somente por positivação desses direitos, mas também por grande evolução em sua interpretação e, ainda, por diversas criações jurisprudenciais, reconhecendo novos conteúdos para direitos já tradicionais.

Fica cada vez mais claro, que atualmente, a melhor forma de implementação de observância dos direitos sociais se fazem a partir de esforços integrados do Estado e dos povos. Porém, mesmo com efetiva realização desses direitos na esfera interna, faz-se necessário o esforço do todo coletivo, garantindo, assim, o reconhecimento inequívoco da universalidade dos direitos fundamentais e dos direitos humanos.

Assim como nos traz a lição de PAULO BONAVIDES, esta nova universalidade procura, enfim, subjetivar de forma concreta e positiva os direitos de tríplice geração, na titularidade de um indivíduo que antes de ser o homem deste ou daquele país, de uma sociedade desenvolvida ou subdesenvolvida, é pela condição de pessoa um ente qualificado por sua pertinência ao gênero humano, objeto daquela universalidade.¹⁸

Dentre as demais teses que aqui poderiam ser discutidas a respeito dos direitos sociais, a mais importante, para sua afirmação e efetivação, mostra-se diante de uma postura ativa de todos, governantes e governados, pois assim, estará se dando passos indispensáveis a real eficácia de um direito constitucional puro e verdadeiramente humanitário.

No que se refere aos direitos fundamentais como direitos a prestações, tem-se que os direitos de defesa (*status negativus*) tomam uma posição de respeito e abstenção por parte dos poderes públicos, já no que diz respeito aos direitos a prestações (*status positivus*), exigem uma posição ativa do Estado, sendo obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material.

¹⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 12ª Ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002. p. 525.

Os direitos fundamentais a prestações se enquadram à evolução do Estado de Direito liberal-burguês, para o Estado democrático e social de Direito, constante em muitas constituições presentes pós segunda guerra.

Em nossa atual Constituição, a recepção de tais direitos foi tal que inclusive, foi aberto um capítulo dedicado especialmente aos direitos sociais, no catálogo dos direitos e garantias fundamentais. Assim, o termo “direitos prestacionais” pode ser considerado a nossa opção terminológica.

Há quem diga que há maior amplitude no que se refere aos direitos de participação, abrangendo os direitos de acesso e utilização de prestações estatais, bem como os direitos de participação na organização e procedimento de formação da vontade estatal.

Por outro lado, há quem sustente que o termo “prestação” estaria diretamente relacionado ao objeto da pretensão, já o termo “participação” estaria relacionado à forma de realização dessa pretensão, revelando, assim, a forma mais apropriada dos direitos prestacionais.

Importante classificação de ordem prática que pode ser feita, diferencia os direitos derivados dos direitos originários a prestações. No que diz respeito aos direitos derivados a prestações, nos ensina GOMES CANOTILHO que tanto o direito de igual acesso, obtenção e utilização de todas as instituições criadas pelos poderes públicos, quanto o direito de igual participação, nas prestações que estas instituições dispensam à comunidade, considerando os direitos derivados a prestações com direitos dos cidadãos a participação igual nas prestações estaduais na medida das capacidades existentes.¹⁹

No que se refere aos direitos originários a prestações, estes podem ser definidos como direitos dos cidadãos diante das prestações fornecidas pelo Estado, independentemente da existência de um sistema de oferta desses bens ou serviços, sendo direitos que podem ser deduzidos diretamente das normas constitucionais que os consagram. Com referência mais uma vez a GOMES CANOTILHO, este afirma a existência dos direitos originários a prestações quando (1) a partir da garantia constitucional de certos direitos; (2) se reconhece, simultaneamente, o dever do Estado na criação dos pressupostos materiais indispensáveis ao

¹⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 553

exercício efetivo desses direitos e (3) a faculdade de o cidadão exigir, de forma imediata, as prestações constitutivas desses direitos.²⁰

Sendo assim, os direitos a prestações estão à disposição do ser humano, bem como de sua posição perante o Estado, partindo da idéia de que a proteção da igualdade e liberdade apenas faz sentido se não se restringe ao campo jurídico-formal, mas, sim, por sua consagração como igualdade de oportunidades e liberdade real no exercício da autonomia individual e possibilidade de participação na formação da vontade estatal.

Considerando, então, a identificação dos direitos a prestações em sentido estrito com os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional, é certo que estes objetivam assegurar, por meio da compensação das desigualdades sociais, a efetividade de uma igualdade e liberdade real, pressupondo um comportamento ativo do Estado, considerando que a igualdade material não se consagra por si mesma, devendo ser devidamente implementada. Sendo assim, resta claro que os direitos fundamentais almejam uma igualdade real para todos, diante da possível diminuição das desigualdades.

Diferente do que ocorre em outras ordens constitucionais, em nosso país, não se controverte a respeito da igual dignidade dos direitos de defesa e dos direitos a prestações materiais, não podendo se falar na prevalência de um sobre o outro. Entre os dois, não há dicotomia ou dualismo em nosso ordenamento constitucional, no sentido de haver um antagonismo. Entre ambos se compartilha a mesma dignidade como direitos fundamentais, assumindo, assim, caráter complementar e não excludente.

Segundo lição de CELSO LAFER, a inevitável tensão entre os direitos de liberdade (defesa) e os direitos sociais (prestações) não encontra uma dialética de antagonismo, mas uma dialética de múltipla complementação, já que ambas se baseiam na concepção de que a dignidade da pessoa humana apenas se poderá afirmar mediante a existência de maior liberdade e menos privilégios para todos.²¹

Tal embate que existe quanto ao dualismo de ambos os grupos de direitos, teve início já na esfera do direito internacional, desde que ficaram reconhecidos os primeiros direitos

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional. 6ª Ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996. p. 554.

²¹ LAFER, Celso. A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 130.

sociais prestacionais no pacto internacional da Organização das Nações Unidas sobre direitos econômicos, sociais e culturais de 1966, consagrando a idéia de que existem diferenças quanto à efetivação dos direitos sociais (prestações materiais), diferentemente do que ocorre com os direitos de defesa, pois dependem de efetivação de forma progressiva. Somente olhando por esse ângulo, que se pode falar em alguma forma de embate entre os direitos de defesa e os direitos a prestações materiais em nosso Direito.

Preocupando-nos um pouco mais com relação ao objeto dos direitos materiais, há que se analisar se os direitos a prestações materiais se limitam aos direitos sociais prestacionais ou se podem ser considerados apenas a espécie do gênero direito a prestações em sentido estrito.

O problema se encontra no que se refere à prestação, que constitui o real objeto dos direitos prestacionais em sentido amplo e restrito. Inicialmente, podemos tomar como partida a tarefa dos direitos sociais em sentido amplo, assim sendo, a realização da igualdade e liberdade reais, consideradas fatores primordial da justiça social.

O Estado Social de Direito, também conhecido como Estado do Bem-Estar, destaca-se pelo fato de ter tomado para si o objetivo de realização da justiça social e, juntamente com os direitos sociais, pode ser considerado, ao mesmo tempo, complemento, corretivo e limite do Estado Liberal de Direito, que defendia os clássicos direitos liberais-burgueses.

Sendo assim, fica nítida a íntima relação dos direitos sociais prestacionais com as tarefas a serem exercidas pelo Estado Social, o qual deve zelar por uma adequada distribuição dos bens existentes.

Verifica-se, assim, que os direitos de *status positivus socialis*, além dos direitos a prestações fáticas do Estado, encontram-se vinculados a um conceito restrito de prestações, diante da expressão da atividade do Estado na sua condição de Estado Social de Direito.

Infere-se, ainda, que os direitos fundamentais possuem uma função tanto positiva, quanto negativa. Como exemplo, podemos citar o direito à moradia, que na condição de direito a ações positivas voltadas à promoção e satisfação das necessidades materiais referentes à moradia, pode ser definido como direito à prestação. Porém, a moradia também sendo protegida contra turbações externas, seja advinda do Estado ou da esfera jurídico-privada, temos que um

mesmo direito fundamental abrange um complexo de posições jurídicas, ou seja, de direitos e deveres, negativos e positivos.²²

A partir da afirmação de que os direitos sociais nada mais são que políticas públicas, automaticamente, ocorre a desconsideração de que há direitos sociais que consistem em abstenção por parte do destinatário, falando-se, ainda, nas circunstâncias de que existem direitos sociais direcionados a uma entidade privada ou até mesmo uma pessoa física.

Portanto, não apenas os direitos econômicos, sociais e culturais se referem a políticas públicas, mas também os direitos identificados como individuais ou direitos de liberdade, já que para assegurar a devida efetivação do direito, não há como dispensar recursos públicos para tal ou, ainda, de uma política de segurança, entre outras medidas que podem existir.

Assim, diante dessas atividades, que são frutos históricos de um largo e trabalhoso processo reivindicativo, não são concebidas apenas por meras exigências morais, mas sim como autênticos deveres jurídicos para os poderes públicos. O Estado Social de Direito deve considerar como tarefa própria ajudar seus cidadãos, assumindo a responsabilidade de proporcionar a todos as prestações e serviços públicos para atender suas necessidades vitais, efetivando-se, assim, o Estado de Bem Estar (*Welfare State*).²³

1.3 FUNDAMENTOS TEÓRICOS DO DIREITO À SAÚDE

Foi em seu art. 196, que a Constituição de 1988 inovou ao estabelecer a saúde como um direito de todos e dever do Estado. Diante disso, cabe-nos entender melhor o conceito de saúde aplicável ao caso concreto brasileiro, ou seja, o que é diretamente aplicável ao que está disposto em nossa Constituição.

Desde o primórdio, com a existência de feiticeiros, curandeiros e xamãs, a saúde é uma realidade a ser buscada, com um único objetivo de cura dos males que atingiam os seres humanos. Num entendimento filosófico e religioso, a busca pela saúde representa a valorização da vida, devido ao medo da morte característico da humanidade.

²² SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 224.

²³ LUÑO, Antonio E. Perez. Los Derechos Fundamentales. 7ª Ed. Madri: Tecnos, 1998. p. 193.

Em razão de, ao longo dos tempos, as pessoas terem sido acometidas por várias doenças que ameaçam sua sobrevivência, é perfeitamente entendido o fato de a humanidade ter pensando na saúde como primeira forma de cura dos males que atingiam as pessoas. Destaca-se, por exemplo, nos tempos bíblicos a ocorrência de pestes, lepra e cólera; na Índia e na China antigas a varíola; na Antiguidade Greco-Romana a malária; na Idade Média a Peste Negra e na Europa a peste bubônica. Nos dias de hoje, há muitos casos de ocorrência de AIDS e câncer, sendo doenças que ainda possuem a cura como fator um pouco distante.

Sendo assim, nada mais óbvio do que a busca e alcance da saúde para a preservação da espécie, porém o único “conhecimento” existente àquela época era a magia. O surgimento de médicos se deu somente por volta de 4.000 a.C, no entanto, os tratamentos ainda eram feitos com invocações sobrenaturais.

A partir da circuncisão de seus bebês recém-nascidos, os judeus romperam com essa idéia de cura dos males pela magia, além de ser um ato de extremo significado religioso, entendiam que com isso estariam livrando suas crianças de males que possivelmente poderiam atingi-los.

Já na Grécia antiga, houve o rompimento tanto do que era considerado “mágico” e, mesmo com culto aos deuses, rompimento aos entendimentos que traziam consigo o cunho religioso. A partir do brocado “*Mens Sana In Corpore Sano*” é o marco do primeiro conceito relacionado à saúde, que pode ser atribuído aos gregos da cidade-estado de Esparta.

Grécia teve como grande destaque HIPÓCRATES, que fazia o estudo da medicina de forma afastada de todo e qualquer pensamento religioso no campo das doenças, desenvolvendo, a partir disso, observações empíricas de grande importância que relevou o problema da saúde-enfermidade.²⁴

Para HIPÓCRATES, a saúde tinha grande influência da cidade e do tipo de vida que levavam os habitantes, defendendo que as doenças deveriam ser tratadas de forma específica a cada lugar, de acordo com suas particularidades. Essa teoria é aplicada ainda modernamente, uma vez que a saúde no Brasil é tratada de forma descentralizada exatamente por atenção ao pensamento hipocrático.

²⁴ SCLIAR, Moacyr. Do Mágico ao Social: A Trajetória da Saúde Pública. São Paulo: SENAC, 2002. p.17.

Apesar de todas as descobertas de conhecimentos referentes á saúde e início de sua evolução, com o advento da Idade Média, também conhecida como Idade das Trevas, a queda do Império Romano trouxe sérias consequências desastrosas, representando um grande retrocesso à saúde, à prevenção e ao tratamento de doenças.

Além da grande participação da Igreja nesse processo, monarcas ingleses e franceses também contribuíram de forma decisiva para esse retrocesso, em razão de acreditarem serem representantes divinos e que com apenas um “toque real” a pessoa seria curada de qualquer mal.

Diante da ineficiência mágica, passaram a ser feitas caridades, o que resultou na construção dos primeiros hospitais, que eram considerados, na verdade, hospícios ou asilos, que tinham o objetivo de afastar e defender a sociedade dos doentes mentais.

Já por volta de 1.240, contraditoriamente, a própria Igreja volta a observar melhor os conhecimentos greco-romanos, com o início do processo de dissecação de cadáveres e com o surgimento das primeiras corporações médicas. A partir daí, então, abre-se o caminho para surgimento da moderna saúde pública.

No século XVII, nos Estados Unidos e também por meio da Revolução Francesa, a saúde passa a ser tratada no âmbito científico com a idéia de DESCARTES de que saúde era ausência de doença.

Mais adiante, no século XIX, com o avanço da sociedade industrial, é aliada ao conceito de saúde a idéia de que o trabalhador não pode adoecer, uma vez que fica prejudicada sua cumulação capitalista pelo simples fato de não poder produzir. Assim, o trabalhador doente deve ser tratado para que assim a sua produção não cesse. A partir dessa época, então, em razão das necessidades existentes, a doença passou a ser considerada um transtorno para o funcionamento das indústrias.

Em razão das grandes transformações ocorridas no século XX, principalmente após as grandes guerras, o conceito de saúde “curativa” passa a ser repensado, ao passo que a idéia de tese “preventiva” toma força para o alcance do *Welfare State*, nascendo uma visão coletiva do que seria realidade social. Assim, a saúde passa a ser não mais um direito de comprar a cura e sim o direito de todos de acesso à cura.

Ambas as teses por que passa a saúde, quais sejam a “curativa” (cura de doenças) e a “preventiva” (serviços básicos de atividades sanitárias), são em verdade uma visão organicista, diferenciando-se a primeira na qual o médico e/ou o sistema de saúde agem após a doença ter-se instalado no corpo humano; e a segunda, após a doença ter-se alojado no corpo do enfermo.

Foi em 26 de julho de 1946 que surgiu o marco teórico no que se refere ao conceito de saúde, a partir do preâmbulo da Constituição da Organização Mundial da Saúde (OMS), órgão da ONU, dizendo que a saúde é o completo bem-estar físico, mental e social e não apenas ausência de doença. Sendo assim, é considerado o primeiro princípio básico para a felicidade, as relações harmoniosas e a segurança de todos os povos.

Alargando o conceito de saúde, a OMS afasta sua relação das hipóteses de “curativo” e “preventivo” e adentra na noção de “promoção”, ao dizer a saúde não é apenas a ausência de doença, mas também o bem-estar físico, mental e social. Retornando aos trabalhos de HIPÓCRATES, ENGELS e PARACELSO, passa a reconhecer a essencialidade do equilíbrio interno do homem com o ambiente.

Porém, esse conceito apresentado pelo OMS sofre grandes críticas por não ser um conceito operacional, fazendo com que exista dependência a várias escalas que possam fazer com que suas diretrizes não sejam cumpridas. O principal fator negativo, gerador de críticas, é o fato de o Estado assumir o papel de destaque no cenário da saúde e, sua vontade política passa a ser o principal instrumento de não aplicabilidade do conceito da OMS, uma vez que os recursos financeiros possam ser insuficientes para a consagração de fato do bem-estar físico, mental e social.

Segundo lições de SCLIAR, a expressão “bem-estar” se mostra como algo dificilmente quantificável, sendo, assim, uma “imagem-horizonte” do que um objeto concreto. Tal conceito se torna inatingível, uma vez que quantificar a perfeição é algo impossível.²⁵

De acordo com a teoria desenvolvida por NIKLAS LUHMANN, a saúde pode ser considerada como um sistema, no sentido de que faz parte de um sistema social e, um sistema ainda maior, que é a vida. A partir dessa perspectiva sistêmica, tem-se que jamais será possível o

²⁵ SCLIAR, Moacyr. *Do Mágico ao Social: A Trajetória da Saúde Pública*. São Paulo: SENAC, 2002. p.33.

conhecimento da totalidade do sistema-saúde, uma vez que tal está sempre aberto ao mundo, ao próprio homem e suas decisões a respeito.

A saúde sendo um processo que se constrói, significa uma meta a ser alcançada que varia de acordo com sua própria evolução e com o avanço dos demais sistemas que se relacionam, em especial o Estado e a própria sociedade.

Diante do que dispõe o art. 225 da Constituição Federal de 1988, dizendo que todos têm direito à sadia qualidade de vida, bem como o art. 198, determinando que as ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada, constituindo um sistema único de saúde, organizado por diversas diretrizes, é o que a moderna doutrina chama de aspecto positivo da saúde, alcançando-se, assim, um conceito palpável e não mais somente preventivo.

A partir desse conceito é que se pode dizer que vários direitos se relacionam com o direito à saúde, que integra o conceito de qualidade de vida, porque as pessoas em bom estado de saúde não são as que recebem bons cuidados médicos, mas sim aquelas que moram em casas salubres, comem uma comida sadia, em um meio que lhes permita dar à luz, crescer, trabalhar e morrer.²⁶

Assim, essa variedade de direitos compõem, integram e influem a qualidade de vida, sendo assim chamados de direitos afins ao direito à saúde, são direitos que são afins à qualidade de vida e passam grande influência ao conceito de saúde.

Importante também dizer sobre legislação infraconstitucional, mais especificamente na Lei n.º 8.080/90, em seu artigo 3º, *caput*, em que diz que a saúde possui fatores determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, o transporte, o lazer e o acesso a bens e serviços essenciais.

Portanto, a saúde, com a devida aplicação dos efeitos do que dispõe o art. 196 de nossa Constituição, é um processo sistêmico que objetiva a prevenção e a cura de doenças, ao mesmo tempo em que visa à melhor qualidade de vida possível, tendo como instrumento de

²⁶ DUARTE, F. C. Qualidade de Vida: A Função Social do Estado, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n.º 41, junho/1994. p. 164-179.

aferição à realidade de cada indivíduo e pressupostos de efetivação a possibilidade de esse mesmo indivíduo ter acesso aos meios indispensáveis ao seu particular estado de bem-estar.²⁷

²⁷ SCHWARTZ, Germano Andre Doederlein. *Direito à Saúde: Efetivação de uma Perspectiva Sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 43.

2. A EFICÁCIA DOS DIREITOS PRESTACIONAIS PARA EFETIVIDADE DO DIREITO À SAÚDE

2.1 A CONCRETIZAÇÃO (EFICÁCIA SOCIAL) DO DIREITO À SAÚDE

Os direitos fundamentais em geral, os direitos sociais em particular, têm ocupado uma posição de destaque sem precedentes no contexto da história constitucional brasileira. Não apenas em termos quantitativos, no que diz respeito ao número expressivo de direitos sociais, expressa e implicitamente consagrados na Constituição Federal, mas também em termos qualitativos, onde a Assembléia Constituinte de 1988 foi, sem dúvida, grande aliada dos direitos sociais.

De qualquer modo, certo é que, no que diz respeito à constitucionalização de direitos e deveres em matéria social, não são poucas as objeções existentes, tanto é que, apesar da presente evolução constitucional contemporânea em matéria de direitos fundamentais e do sistema internacional em matéria de direitos humanos, muitas constituições ainda desviam-se à inserção de direitos sociais em seus textos.

Nesse contexto, importante se faz destacar alguns dispositivos protetivos no âmbito do sistema internacional, entre os quais, em listagem meramente exemplificativa, destaca-se a Declaração Universal de Direitos Humanos na Organização das Nações Unidas (DUDH/ONU), de 1948, arts. 22 e 25 (direitos à segurança social e a um padrão de vida capaz de assegurar a saúde e o bem-estar da pessoa); Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Pidesc), de 1966, art. 12 (direito ao mais alto nível possível de saúde); Convenção Americana de Direitos Humanos, conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, arts. 4º e 5º (direitos à vida e à integridade física e pessoal); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o denominado Protocolo de São Salvador, art. 10 (direito à saúde); Declaração de Alma-Ata, de 1978, item I (a realização do mais alto nível possível de saúde depende da atuação de diversos setores sociais e econômicos, para além do setor da saúde propriamente dito).²⁸

Sendo assim, surge relevante controvérsia no que diz respeito ao regime jurídico-constitucional dos direitos sociais, vez que já se faz reconhecida sua condição de direitos

²⁸ SARLET, Ingo W. e FIGUEIREDO, Mariana F. “Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”, in: Revista do Direito do Consumidor, ano 17, n.º 67. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008. p. 128.

fundamentais, o que, conseqüentemente, remete-nos ao problema de sua eficácia e, por conseguinte, de sua efetividade.

Resulta evidente que a mera previsão dos direitos sociais nos textos constitucionais, ainda que acompanhada de outras providências, por meio de garantias institucionais, procedimentais, nunca foi suficiente para, por si só, neutralizar as objeções das mais variadas natureza ou mesmo impedir um maior ou menor déficit da efetividade dos direitos sociais, principalmente no que diz respeito aos padrões de bem-estar social vigente.

Não há como desconsiderar que o tema a respeito do constitucionalismo simbólico, guarda íntima vinculação com o problema das resistências aos direitos sociais, seja no que diz com o uso meramente retórico do discurso dos direitos, seja no diz respeito à sua eficácia e efetividade.

Uma primeira constatação é a de que o Poder Constituinte de 1988 acabou por reconhecer, sob o rótulo dos direitos sociais, um conjunto abrangente de direitos fundamentais, o que, sem se deixar de admitir a existência de diversos problemas ligados à precária técnica legislativa, acaba por gerar conseqüências relevantes para a compreensão do que os direitos sociais são como direitos fundamentais.

Neste sentido, os direitos sociais, abrangem tanto os direitos prestacionais positivos, quanto os direitos defensivos negativos, partindo-se da natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito, bem como das circunstâncias que os direitos negativos, sendo os de não intervenção na liberdade pessoal, apresentam uma dimensão “positiva”, ao passo que os direitos a prestações fundamentam também posições subjetivas “negativas”, quando se cuida de sua proteção contra ingerências indevidas por parte dos órgãos estatais, mas também por parte das organizações sociais e particulares.²⁹

Em síntese, firma-se aqui em torno da tese de que, pelo menos no âmbito constitucional brasileiro, todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam eles localizados em outras partes do texto constitucional ou nos tratados internacionais regularmente firmados e incorporados pelo Brasil, são direitos fundamentais.³⁰

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 176 e ss.

³⁰ *Ibidem*, p. 90 e ss.

Um problema central relacionado com a própria eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais é o de estabelecer, no âmbito do marco constitucional brasileiro, os contornos do seu respectivo regime jurídico-constitucional, o qual foi estabelecido pelo Constituinte.

É preciso lembrar que os direitos fundamentais somente podem ser considerados verdadeiramente fundamentais quando e na medida em que lhes é reconhecido e assegurado um regime jurídico privilegiado no contexto constitucional.

Os direitos fundamentais, para que tenham assegurado uma posição preferencial e privilegiada, devem estar protegidos contra uma supressão arbitrária por parte dos órgãos estatais, em outras palavras, pelos poderes constituídos, além de terem sua normatividade plenamente garantida, o que implica em um duplo reconhecimento, formal e material.³¹

Alinhando-se à tradição constitucional contemporânea, também a Constituição Federal de 1988 aderiu a este modelo e, além de inserir os direitos fundamentais no rol das designadas cláusulas pétreas, afirmou que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais são diretamente aplicáveis, assim como determina o art. 5º, § 1º da CF.³²

Há como sustentar que tem ocorrido no âmbito da doutrina, hoje aparentemente majoritária, a aplicabilidade imediata de todas as normas de direitos fundamentais, consoantes do Título II da Constituição (arts. 5º a 17), bem como dos localizados em outras partes do texto constitucional e nos tratados internacionais.

Já no preâmbulo da nossa Constituição encontramos referência expressa no sentido de que a garantia dos direitos individuais e sociais, da igualdade e da justiça constitui objeto permanente de nosso Estado. Além disso, não há como negligenciar o fato de que nossa Constituição consagra a idéia de que constituímos um Estado democrático e social de Direito, o que transparece claramente em boa parte dos princípios fundamentais, verificando-se, desde já, a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais, que integram os elementos essenciais, isto é,

³¹ ALEXY, Robert. *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994. p. 406

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 86 e ss.

a identidade da nossa Constituição, razão pela qual já se sustentou que os direitos sociais poderiam ser considerados autênticos limites materiais implícitos à reforma Constitucional.³³

Cumprir lembrar que a função precípua das assim denominadas cláusulas pétreas é a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, encontrando-se a serviço da preservação da identidade constitucional, formada justamente pelas decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte.

Os direitos sociais são também protegidos contra uma supressão por parte do poder de reforma constitucional e não há como negar que uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas tem por objetivo impedir uma petrificação ampla do texto constitucional, impedindo reformas necessárias.

Tal risco acabou sendo, pelo menos em termos gerais, afastado pelo próprio Constituinte, ao explicar, que apenas uma efetiva ou tendencial abolição das decisões fundamentais tomadas pelo Constituinte se encontra vedada, de tal sorte que, em princípio e sempre preservado o núcleo essencial do princípio ou direito fundamental em causa, não se vislumbra qualquer obstáculo à necessária adaptação às exigências de um mundo em constante transformação.³⁴

Justamente pelo fato de os direitos sociais, na sua condição de direitos a prestações, terem por objetivo prestações estatais vinculadas diretamente à destinação, distribuição e redistribuição, bem como à criação de bens materiais, aponta-se, com propriedade, para sua dimensão economicamente relevante.

Assim, não há como negar que todos os direitos fundamentais podem implicar “um custo”, de tal sorte que esta circunstância não se limita aos direitos sociais na sua dimensão prestacional. Apesar disso, para o efeito de se admitir a imediata aplicação pelos órgãos do Poder Judiciário, o “fator custo” de todos os direitos fundamentais, nunca constitui um elemento, por si só e de modo eficiente, impeditivo da efetivação pela via jurisdicional.

No que diz com os direitos sociais a prestações, seu “custo” assume especial relevância no âmbito de sua eficácia e efetivação, significando, pelo menos para a grande parte

³³ HORTA, Raul Machado. Natureza, Limitações e Tendências da Revisão Constitucional, *in*: Revista Brasileira de Estudos Políticos nº 78-79, 1994. p. 14-5.

³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 430 e ss.

da doutrina, que a efetiva realização das prestações reclamadas não é possível sem que se alocue algum recurso, dependendo, em última análise, da conjuntura econômica, já que aqui está em causa a possibilidade de os órgãos jurisdicionais imporem ao poder público a satisfação das prestações reclamadas.

Diretamente vinculada a esta característica dos direitos fundamentais sociais a prestações, está a problemática da efetiva disponibilidade do seu objeto, isto é, se o destinatário da norma se encontra em condições de dispor a prestação reclamada, encontrando-se, portanto, na dependência da real existência dos meios para cumprir com sua obrigação.³⁵

Já há tempo se averbou que o Estado dispõe apenas de limitada capacidade de dispor sobre o objeto das prestações reconhecidas pelas normas definidoras de direitos fundamentais sociais, de tal sorte que a limitação dos recursos, segundo alguns, opera como autêntico limite fático à efetivação desses direitos.

Distinta da disponibilidade efetiva dos recursos, ou seja, da possibilidade material de disposição, situa-se a problemática ligada à possibilidade jurídica de disposição, já que o Estado também deve ter capacidade jurídica, em outras palavras, o poder de dispor, sem o qual de nada lhe adiantam os recursos existentes.³⁶

Encontramo-nos, portanto, diante de duas facetas diversas, porém intimamente entrelaçadas, que caracterizam os direitos fundamentais sociais prestacionais. É justamente em virtude destes aspectos que se passou a sustentar a colocação dos direitos sociais a prestações sob o que se convencionou designar de uma “reserva do possível”, que abrange mais do que a ausência de recursos materiais propriamente ditos indispensáveis à realização dos direitos na sua dimensão positiva.³⁷

³⁵ LOPES, José Reinaldo de Lima. “Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”, in: José Eduardo Faria (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994. p. 131.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro”, in: *Justiça do Trabalho*, ano 26, n.º 305. Porto Alegre: HS Editora, 2009. p. 25.

³⁷ FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito Fundamental à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 131 e ss e SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos e Jurídicos*, in: *Direitos Sociais*. p. 569 e ss.

A utilização da expressão “reserva do possível” tem, ao que se sabe, origem na Alemanha, especialmente a partir do início dos anos de 1970.³⁸ De acordo com a noção de reserva do possível, a efetividades dos direitos sociais a prestações materiais estaria sob a reserva das capacidades financeiras do Estado, uma vez que seriam direitos fundamentais dependentes de prestações financiadas pelos cofres públicos.

A partir disso, a “reserva do possível” passou a traduzir a idéia de que os direitos sociais a prestações materiais dependem da real disponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, disponibilidade esta que estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e parlamentares, sintetizadas no orçamento público.³⁹

Tais noções foram acolhidas e desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, que firmou entendimento no sentido de que a prestação reclamada deve corresponder àquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade.

Assim, poder-se-ia sustentar que não haveria como impor ao Estado a prestação de assistência social a alguém que efetivamente não faça jus ao benefício, por dispor, ele próprio, de recursos suficientes para seu sustento.

Por outro lado, não nos parece correta a afirmação de que a reserva do possível seja elemento integrante dos direitos fundamentais, como se fosse parte de seu núcleo essencial ou mesmo como se estivesse enquadrado no âmbito do que se convencionou denominar de limites imanescentes dos direitos fundamentais.⁴⁰

A reserva do possível constitui em verdade, espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflito de direitos, quando se

³⁸ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 3ª Ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.108.

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro”, in: *Justiça do Trabalho*, ano 26, n.º 305. Porto Alegre: HS Editora, 2009. p. 26

⁴⁰ PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 131 e ss.

cuidar de invocação da indisponibilidade de recursos com o intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental.⁴¹

Uma crescente conscientização por parte dos órgãos do Poder Judiciário cresce em caráter emergencial, no sentido de que não apenas podem como devem zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas que, ao fazê-lo, haverão de obrar com máxima cautela e responsabilidade, seja ao concederem um direito subjetivo a determinada prestação social, ou mesmo quando declararem a inconstitucionalidade de alguma medida estatal com base na alegação de uma violação dos direitos sociais, sem que tal postura, como já esperamos ter logrado fundamentar, venha implicar necessariamente uma violação do princípio democrático e do princípio da separação dos poderes. Neste sentido, efetivamente há que se dar razão a HOLMES e SUSTEIN, quando afirmam que levar os direitos a sério é sempre também levar a sério o problema da escassez.⁴²

Perece-nos oportuno apontar aqui que os princípios da moralidade e da eficiência,⁴³ mas também os correlatos princípios e deveres de publicidade e transparência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e potencializar a efetividade dos direitos sociais.

Nesse contexto, com a discussão em torno da designada “reserva do possível”, na condição de limite fático e jurídico à efetivação judicial de direitos fundamentais, vale destacar que também resta abrangida na obrigação de todos os órgãos estatais e agente políticos, a tarefa de maximizar os recursos e minimizar o impacto da reserva do possível.

O que tem sido, de fato, falaciosa, é a forma pela qual muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada entre nós como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para a omissão estatal no campo de efetivação dos direitos fundamentais, especialmente de cunho social.

⁴¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Coimbra: Coimbra Editora, 1982. p. 369.

⁴² HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass. *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*. New York – London: W. W. Norton & Company, 1999. p. 94.

⁴³ GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. p. 255 e ss.

Assim, levar a sério a “reserva do possível” significa também, especialmente, em face do sentido do disposto no art. 5º, § 1º da Constituição Federal, que cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva de recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos.⁴⁴

Por outro lado, para além do fato de que o critério do mínimo existencial por si só já contribui para a “produtividade” da reserva do possível, há que se explorarem outras possibilidades disponíveis na nossa ordem jurídica e que, somadas e bem utilizadas, certamente haverão de reduzir de modo expressivo, se não até mesmo neutralizar, o seu impacto, inclusive no que diz com as prestações que transcendem a garantia do mínimo existencial.

Outra possibilidade, diz com o controle judicial das opções orçamentárias e da legislação relativa aos gastos públicos em geral,⁴⁵ já que com isso se poderá, também, minimizar os efeitos da reserva do possível, notadamente no que diz com sua componente jurídica, tendo em conta a possibilidade de redirecionar os recursos no âmbito dos recursos disponíveis e, importa frisar, disponibilizáveis.

O que se verifica, em muitos casos, é uma inversão hierárquica tanto em termos jurídico-normativos, quanto em termos axiológicos, quando se pretende bloquear qualquer possibilidade de intervenção neste plano, a ponto de se privilegiar a legislação orçamentária em detrimento de imposições e prioridades constitucionais⁴⁶ e, o que é mais grave, prioridades em matéria de efetividade de direitos fundamentais.

Importa, portanto, que se tenha sempre em mente, que quem “governa”, pelo menos num Estado Democrático de Direito, é a Constituição, de tal sorte que aos poderes constituídos, impõe-se o dever de fidelidade às opções do Constituinte, pelo menos no que diz com seus elementos essenciais, que sempre serão limites da liberdade de conformação do legislador e da discricionariedade do administrador e dos órgãos jurisdicionais.⁴⁷

⁴⁴ NETO, Cláudio Pereira de Souza. “A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros”, in: Direitos Sociais. p. 545, assim como SARMENTO, Daniel, in: Direitos Sociais, op. cit.

⁴⁵ SCAFF, Fernando Facury. “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos”, in: Revista Interesse Público, n.º 32, 2005. p. 225.

⁴⁶ LEAL, Rogério Gesta. O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: Possibilidades Materiais, in: Ingo Sarlet (Org.), Jurisdição dos Direitos Fundamentais, Vol. I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005. p. 157 e ss.

⁴⁷ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Discricionariedade e Controle Jurisdicional. 2º Ed. 8ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

Além disso, o eventual impacto da reserva do possível certamente poderá ser pelo menos minimizado, mediante o controle das decisões políticas acerca da alocação de recursos, inclusive no que diz com a transparência das decisões e a viabilização do controle social sobre a aplicação dos recursos alocados no âmbito do processo político.⁴⁸

Os direitos sociais não apenas têm sido considerados como dignos de tutela contra intervenções ilegítimas por parte dos poderes públicos e dos particulares, como têm sido constantemente tratados como direitos subjetivos e, como tal, judicialmente exigíveis, ainda que se possa controverter a respeito de eventuais excessos aqui ou acolá, bem como estejam a aumentar em número os que questionam a legitimidade do Poder Judiciário para impor, em face dos demais órgãos estatais, os direitos sociais na sua dimensão positiva.⁴⁹

Se, por outro lado, é possível reconhecer que a previsão de direitos sociais na Constituição, nem mesmo quando lhes é garantido um regime jurídico qualificado, nem é, por si só, suficiente para assegurar a todos os brasileiros uma vida digna, a fase inaugurada com a atual Carta Magna tem demonstrado que a tutela constitucional dos direitos sociais como direitos fundamentais tem sido um fato relevante tanto como pauta permanente de reivindicações na esfera das políticas públicas, quanto como poderoso instrumento para, na ausência ou insuficiência daquelas, ou mesmo pela falta de cumprimento das próprias políticas públicas, propiciarem o assim designado “empoderamento” do cidadão individual e coletivamente considerado para uma ação concreta, ainda que nem sempre idealmente efetiva e muitas vezes mais simbólica.⁵⁰

Nesta perspectiva, o fato de os direitos sociais serem considerados autênticos direitos fundamentais e, como tais, levados a sério também na sua condição de direitos subjetivos, tem também servido para imprimir à noção de cidadania um novo contorno e conteúdo, potencialmente mais inclusivo e solidário, o que por si só já justificaria todo o esforço

⁴⁸ COMPARATO, Fábio Konder. “O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais, in: Sérgio Sérulo da Cunha e Eros Roberto Grau (Org.). Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 256/257.

⁴⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro”, in: Justiça do Trabalho, op. cit. p. 37.

⁵⁰ Ibidem.

em prol dos direitos sociais e nos serve de alento para seguirmos aderindo ao bom combate às objeções manifestamente infundadas que seguem sendo direcionadas.⁵¹

Percebe-se uma tendência de superação dos extremismos que marcaram a evolução constitucional brasileira na esfera da eficácia e efetividade dos direitos sociais. Entre a negação de sua normatividade e a tendência de, em praticamente tudo o que for reclamado por via judicial, verifica-se atualmente, embora ainda com maior ênfase na doutrina, que efetivamente passam a balizar uma efetividade maior para um maior número de pessoas.⁵²

Assim, há como afirmar que um dos principais desafios com os quais nos deparamos atualmente é o de assumir o papel de destaque na institucionalização e a permanente “atualidade dos direitos sociais”⁵³ contribuindo para que também as instituições do Estado Democrático de Direito, consagrado pela nossa Constituição, possam, antes tarde do que nunca, tornar efetivas tais promessas, especialmente no que diz respeito à implementação de níveis suficientes de justiça social, em outras palavras, à garantia de uma existência digna para todos.

Este é um compromisso de todos, Estado e Sociedade, assim como o abandono do tão difundido jogo do “empurra-empurra”, que assola o cenário político nacional, mediante a sua substituição por uma lógica da cooperação e do diálogo.

Com efeito, os direitos sociais e a cidadania merecem estes investimentos, para que cada vez mais a comemoração frente à nossa CF não fique restrita ao ambiente acadêmico e se transforme num símbolo de um genuíno patriotismo constitucional.⁵⁴

2.2 O SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE COMO GARANTIA INSTITUCIONAL FUNDAMENTAL

A dimensão objetiva do direito à saúde, acerca de sua função protetiva do direito e de sua eficácia entre particulares, densifica-se pela institucionalização constitucional do Sistema Único de Saúde (SUS), que assume a condição, na ordem jurídico-constitucional

⁵¹ Ibidem, p. 37.

⁵² Ibidem.

⁵³ MORAIS, José Luiz Bolzan de. Do Direito Social aos interesses Transindividuais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996. p. 181 e ss.

⁵⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. “Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro”, in: Justiça do Trabalho, op. cit. p. 38.

brasileira, de autêntica garantia institucional fundamental,⁵⁵ estando resguardado contra medidas de cunho retrocessivo em geral.

Desse modo, eventuais medidas tendentes a aboli-lo ou esvaziá-lo, formal ou substancialmente, até mesmo quanto aos princípios sobre os quais se alicerça, deverão ser considerados inconstitucionais, pois que não apenas o direito à saúde é protegido, mas o próprio SUS, na condição de instituição pública, é salvaguardado pela tutela constitucional protetiva.

A efetivação do direito à saúde deve conformar-se com os princípios e diretrizes pelos quais foi constituído, estabelecidos pelo arts. 198 a 200 da CF/88, dos quais se destacam a unidade, pois tem a mesma filosofia de atuação em todo o território nacional e é organizado de acordo com a mesma lógica; a descentralização, em que o SUS possui um gestor único em cada esfera do governo; a regionalização, pois nem todos os municípios conseguem atender todas as demandas e todo o tipo de problemas de saúde; a hierarquização, o que significa que as questões menos complexas devem ser atendidas nas unidades básicas de saúde, passando pelas unidades especializadas, pelo hospital geral até chegar ao hospital especializado; a integralidade, pois a saúde deve ser tratada como um todo, devendo as ações ser voltadas, ao mesmo tempo, para o indivíduo e para a comunidade, para a prevenção e para o tratamento; e a participação da comunidade, por meio do direito assegurado a todos os segmentos envolvidos no sistema-governo, principalmente os usuários dos serviços, exercendo esse controle social por meio dos conselhos e conferências de saúde.⁵⁶

É a partir da afirmação do Estado Democrático de Direito que foram elaboradas leis que regulam, fiscalizam e controlam as ações e serviços de saúde, conforme ao mandamento constitucional. Foi por meio das Leis Federais n.º 8.080, de 19 de setembro de 1990 e n.º 8.142, de 28 de dezembro de 1990 que é definido legalmente o Sistema Único de Saúde como o conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais e municipais, da administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público.

⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 165 e p. 200 e ss.

⁵⁶ Associação Paulista de Medicina. “Por dentro do SUS.” Vol. I. São Paulo: Atheneu, 2007. p. 9-10.

A Lei Orgânica da Saúde (LOS) é, portanto, o conjunto dessas duas leis editadas para dar cumprimento ao novo mandamento constitucional de disciplinar legalmente a proteção e a defesa da saúde.

A universalidade do direito à saúde ocorreu somente em 1988, por meio da Constituição Federal, quando, em seu art. 196, determina que a saúde seja um direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.

Anteriormente, não se reconhecia a saúde pública como direito individual, ou seja, direito público subjetivo, sendo somente a saúde em sua forma coletiva de acesso universal, em razão da necessidade do Estado em proteger a sociedade dos perigos e riscos sociais.⁵⁷

Era garantido pelo Estado benefícios previdenciários de assistência à saúde do trabalho, com o fim de proteger a mão-de-obra e, conseqüentemente, o capital. O Estado não tinha como intenção garantir a todos o direito à saúde curativa, buscava-se apenas proteger a força do trabalho, por isso, tal assistência estava enquadrada dentre os benefícios da assistência social; por outro lado, o Estado havia de proteger a sociedade dos riscos epidêmicos que poderiam atingir toda a estrutura social.⁵⁸

Eram mantidos, pelo Poder Público, hospitais, principalmente os de atendimento de urgência (pronto socorro), hospitais gerais, sem, contudo, ser um dever do Estado e um direito do cidadão.

Por meio da Reforma Sanitária, na década de 70, defendia-se que todas as ações e serviços de saúde deveriam ser unificados em conceitos, princípios e diretrizes, bem como os recursos que os financiavam. Propugnava-se a descentralização dessas ações e serviços, que deveriam ser executados pelos Municípios e Estados, cabendo à União Federal, direção geral, o papel de manter a unicidade conceitual e operativa do SUS, não se permitindo sua fragmentação, atuando, ainda, como elo entre os entes federados e exercendo papel de ente de

⁵⁷ CARVALHO, Guido Ivan de e SANTOS, Lenir. Comentários à Lei Orgânica. 4ª Ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

⁵⁸ SANTOS, Lenir e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. “Vinte anos de SUS: O Sistema de Saúde no Brasil no Século XXI”, in: Boletim de Direito Administrativo, ano XXV, n.º 7. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2009. p. 778.

cooperação técnica e financeira, além de responder por parte do financiamento dessas ações e serviços.

O sistema de saúde anterior à Constituição de 1988, chamado Sistema Nacional de Saúde, era fragmentado na esfera federal, por meio de divisão em cinco Ministérios, a saber, o Ministério da Saúde, da Previdência e Assistência Social, do Trabalho, da Educação e do Interior.

Nessa época, as atividades relativas à saúde pública, principalmente de polícia sanitária, estavam sob responsabilidade do Estado Federal, onde vários serviços públicos tratavam da saúde, cabendo ao Estado-Membro manter centros de saúde e, ao Município, responder pelo pronto socorro local. Somente os trabalhadores integrantes do regime geral de previdência social pública tinham acessos aos serviços curativos mantidos pelo Instituto Nacional de Assistência Médica e Previdência Social (INAMPS).

Vários foram os programas de Reforma Sanitária pretendidos por especialistas e defensores de uma saúde pública descentralizada e universalizada, que buscavam romper com esse sistema de saúde centralizado, envolvendo Estados e Municípios, devendo ser destacadas as Ações Integradas de Saúde (AIS) e o Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde (SUDS).

Os antecedentes do sistema público de saúde brasileiro eram organizados de maneira fracionada, centrados na dicotomia prevenção e doença, vinculados sempre aos riscos sociais de epidemias, meio ambiente contaminado, produção de bens, saneamento básico, atividades voltadas para a recuperação da saúde, uma preocupação do Estado em relação à garantia de força de trabalho que deveria proteger a produção industrial e o capital.

Desde a Revolução Industrial, a saúde do trabalhador passou a ser uma preocupação do Estado em razão da necessidade de proteger a mão-de-obra, que precisava ser a mais sadia possível, pois isso interferia na produção e, conseqüentemente, no capital.

A saúde individual passou a ocupar o cenário político quando se entendeu que a força de trabalho, na era industrial, deveria ser protegida em razão da produção. No entanto, protegia-se a saúde pessoal dos trabalhadores, e não das pessoas individualmente consideradas.

Os serviços públicos de assistência à saúde, individualmente colocados à disposição da população, não eram considerados um direito de cidadania, mas, sim, um serviço

assistencialista do Estado, garantindo às pessoas pobres o atendimento pelos serviços privados filantrópicos, sob financiamento público.

Durante a Assembléia Nacional Constituinte de 1988, para votar a nova Constituição brasileira, foi criado, mediante decreto do Poder Executivo federal, o programa de Desenvolvimento de Sistemas Unificados e Descentralizados de Saúde (SUDS) – Decreto Lei n.º 94.657, de 20 de julho de 1987 – o qual, mediante convênio de cooperação entre a União e os Estados, com adesão dos Municípios, iniciou um processo de unificação e descentralização das ações e serviços de saúde, com financiamento trilateral e abertura de hospitais e postos ambulatoriais do INAMPS à população em geral.⁵⁹

O SUDS foi um programa exitoso, sendo esse sucesso fundamental para que se garantisse, no novo texto da Constituição da República, o direito à saúde.

Com a Constituição de 1988, o direito à saúde foi elevado à categoria de direito público subjetivo, no reconhecimento de que o sujeito é detentor do direito e o Estado é o seu devedor, além da responsabilidade do sujeito, que também deve cuidar da própria saúde e contribuir para a saúde coletiva.⁶⁰ Hoje, compete ao Estado garantir a saúde do cidadão e da coletividade.

Um novo sistema de saúde pública nacional foi criado, o Sistema Único de Saúde, com responsabilidades públicas e com a definição de saúde não mais como fenômeno puramente biológico, mas como resultado de condições socioeconômicas.

Diante do conceito trazido pela Constituição de 1988, de que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, segundo determina o art. 196 da CF/88, abandonou-se um sistema que considerava a saúde pública dever do Estado apenas no sentido de coibir ou evitar propagação de doenças, que colocavam em risco a saúde da coletividade, por meio apenas de prevenção, e assumiu-se que o dever de o Estado de garantir a saúde consistia,

⁵⁹ SANTOS, Lenir. “Distribuição de Competência no Sistema Único de Saúde: O papel das três esferas de governo no SUS”. Pan-Americana de Saúde – Representação do Brasil (Org.), Brasília, 1994.

⁶⁰ Art. 2º, § 2º da Lei n.º 8.080/90: “O dever do Estado não exclui o das pessoas, da família, das empresas e da sociedade.” O direito à saúde obriga a todos, industrialmente, por envolver questões de cunho coletivo e direitos difusos. Ninguém tem o direito de prejudicar a saúde de outrem.

também, na formulação e execução de políticas econômicas e sociais, além de prestação de serviços públicos de recuperação, promoção e prevenção.

Esse novo conceito de saúde leva em conta suas determinantes e condicionantes, como alimentação, moradia, saneamento, meio ambiente, renda, trabalho, educação e transporte, e impõe aos órgãos que compõem o Sistema Único de Saúde o dever de identificar esses fatores e formular uma política de saúde destinada a promover política condizente com a elevação das condições de vida da população.

Assim, o direito à saúde, de acordo com a definição do art. 196 da CF/88, pressupõe o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, para sua promoção, proteção e recuperação e a adoção de políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e outros agravos.

Importante se faz destacar que a competência para cuidar da saúde e legislar sobre ela, conforme dispõe o art. 23, inciso II da Constituição da República, é comum a todas as esferas do governo, ou seja, União, Estados, Distrito Federal e Municípios, cabendo a estes legislar sobre saúde no interesse local e suplementar a legislação federal e a estadual, no que couber, assim como dispõe o art. 30, incisos I, II e VII da CF.

Como a edição da Lei n.º 8.080/90, conhecida como Lei Orgânica da Saúde (LOS), iniciou-se uma fase de negociação entre Municípios e Estados federados visando à implementação do SUS.

A partir de então, surge a era das normatizações infralegais federais, de autoria do Ministério da Saúde, denominadas Normas Operacionais Básicas (NOBs) e Normas Operacionais de Assistência à Saúde (NOAS).

As normas operacionais eram regras de organização e financiamento do SUS, ditadas pelo Ministério da Saúde, mediante portarias com anexos que detalhavam os procedimentos a ser observados pelos Estados e Municípios interessados nas transferências financeiras federais.⁶¹

⁶¹ SANTOS, Lenir e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos. Campinas: Conasems/Idisa, 2007. p. 35.

A primeira NOB foi aprovada pela Resolução 258/91 e pretendia-se editar a cada ano uma norma Operacional Básica para regular as transferências de recursos da União para os Estados e Municípios.

Sucessivas normas operacionais induziram a organização do SUS. A cada edição os Estados e Municípios deveriam arranjar-se para organizar o sistema local e regional nos termos ali definidos, de acordo com sua realidade local e regional, respeitadas as diretrizes e os princípios do SUS e os consensos regionais e estaduais.

Foi no âmbito de uma norma operacional, a NOB n.º 1/93, que se criou a finalidade de como o SUS deveria se organizar administrativa e tecnicamente. A NOB de 1993 já antevia que, sem um fórum interfederativo de decisão consensual sobre questões complexas do SUS, não seria viável implementar no país um sistema único e descentralizado, que conjugasse serviços de todos os entes federativos, possibilitando o atendimento integral à saúde individual e coletiva, enfatizava-se que o financiamento fosse compartilhado entre todos os entes federativos e que a regionalização das ações e serviços de saúde fosse uma realidade.

Defendia a NOB 1/93 que não seria possível atingir os objetivos constitucionais sem um prévio entendimento entre os gestores das três esferas de governo. Assim, as normas operacionais conseguiram, ao longo do tempo, descentralizar as ações e serviços da saúde.

A NOAS n.º 1/02 teve por fim ampliar as responsabilidades dos Municípios na atenção básica e criar mecanismos para um processo de regionalização que tivesse hierarquização dos serviços de saúde, visando à equidade. Buscou-se criar mecanismos para o fortalecimento da capacidade de gestão do SUS.

Contudo esse modelo de regulação causou sérios embaraços aos Municípios e à descentralização, uma vez que se exigia o cumprimento de regramentos nem sempre compatíveis com a realidade local. Com a organização do SUS, à luz do financiamento federal, passou-se a discutir um novo documento, o Pacto pela Saúde de 2006.

O Pacto pela Saúde visou estabelecer novo patamar em relação à forma de financiamento e a definição de responsabilidades dos gestores da saúde. Esse novo instrumento

para gestão, compartilhada pelo SUS, foi instituído como termo de compromisso com o fim de formalizar os acordos e os pactos entre os gestores da saúde.

Com o Pacto pela Saúde de 2006 os gestores assumem o compromisso público de enfatizar as propriedades inseridas em seus três componentes, denominados Pacto pela Vida, Pacto em Defesa do SUS e Pacto de Gestão do SUS.

Um sistema de saúde próprio de um país unitário teve de ser levado a cabo num Estado Federal, mas de forte característica centralizadora. Somente um sistema que se organize em rede interfederativa, executada por meio de consensos interfederativos, poderá garantir o direito à saúde e respeitar a diversidade e a autonomia dos entes federados na execução desses serviços.

Somente uma rede interfederativa será capaz de garantir a integralidade da atenção à saúde dos cidadãos, matriz da conformação do SUS, operada por consenso e consubstanciada em contratos interfederativos multilaterais.

A integralidade da atenção à saúde, definida pela Lei n.º 8.080/90, em seu art. 7º, inciso II, como o “conjunto articulado e contínuo de ações e serviços preventivos curativos, individuais e coletivos, exigidos para cada caso em todos os níveis de complexidade do sistema”, deve conformar a organização do SUS.

Ademais da assistência à saúde prestada pelos agentes públicos, a Constituição prevê a possibilidade e define os princípios pelos quais se dá a participação da iniciativa privada na assistência à saúde.

Há basicamente duas formas de prestação privada dos serviços e ações de saúde: a participação complementar, mediante convênio ou contrato de direito público firmado com o SUS, havendo privilégio de entidades filantrópicas e sem fins lucrativos; e a assim designada “saúde suplementar”, em que a assistência é prestada diretamente pelas operadoras de planos e seguro de saúde, a partir da contratação pelo interessado na obtenção dos serviços, regulada pela Lei n.º 9.656/98 e em conformidade às diretrizes da Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS).

A primeira hipótese apresentada envolve uma atividade delegada à iniciativa privada, que atua em lugar da Administração Pública, mas sujeitas ao limites e diretrizes

estabelecidos no convênio ou contrato administrativo, e submetida, portanto, aos princípios correntes do direito administrativo, inclusive no que se refere à eventual responsabilização, na forma do art. 37, § 6º, da CF/88.⁶²

De modo diverso, o contrato privado, firmado entre a pessoa e a operadora de plano ou seguro de saúde, não se submete ao mesmo regramento sem quaisquer restrições, já que incidem princípios como a autonomia das partes, inclusive para justificar, a *contrario sensu*, o reconhecimento de uma liberdade (fundamental) de não-contratação, sujeita ao regramento comum dos prestadores de serviços, notadamente o Código de Defesa do Consumidor (Lei n.º 8.078/90) e às exigências da vigilância sanitária.

No âmbito da participação da iniciativa privada, é certamente na saúde suplementar que se encontram as maiores controvérsias, inclusive em termos jurisprudenciais, sendo destacado o papel do Estado no cumprimento dos deveres de proteção decorrentes das normas constitucionais, tanto no dever genérico de tutela da pessoa e da sociedade, quanto na concreção de imperativos de tutela mais específicos e da proteção à saúde.

O caráter duplamente indisponível do direito em causa, consumidor e saúde, ainda embasa a atuação do Ministério Público, das associações de classe e de entidades da sociedade civil na defesa de uma dimensão coletiva e difusa do direito à saúde e do próprio direito do consumidor.

Em termos jurisprudenciais, é visível a tendência de mitigação da autonomia contratual em favor da tutela do usuário-consumidor, impondo-se às operadoras de planos e seguros de saúde uma série de deveres destinados à plena assistência à saúde dos segurados, como questões relacionadas à extensão da cobertura dos contratos, aos períodos de carência e à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

Além disso, a relevância pública dos serviços e ações de saúde autoriza a interpretação extensiva que vem dando a jurisprudência, no sentido da afirmação da legitimidade do Ministério Público para intervenção na defesa do direito à saúde, inclusive quanto a medidas ajuizadas em prol de um único beneficiário.

⁶² Nesse sentido GREGORI, M. S. Planos de Saúde: A ótica da proteção do consumidor. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 28 e 32-33.

Importante se faz ressaltar que, embora a assistência seja prestada por um particular, não perde o caráter público que lhe é inerente, justificando a imposição de obrigações típicas do regime de direito público.

2.3 A EXIGIBILIDADE DO DIREITO À SAÚDE COMO DIREITO SUBJETIVO: INTERVENÇÃO JUDICIAL

Nos 20 anos transcorridos, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, não deixou de ser polêmica a discussão em torno dos limites e das possibilidades de exigibilidade do direito à saúde, em nível administrativo ou judicial, na condição de direito subjetivo⁶³ oponível ao Estado e aos particulares, especialmente no que concerne à definição concreta do objeto que estaria albergado pela proteção ou pelo dever de prestação jusfundamental.

O reconhecimento da existência de uma dimensão economicamente relevante dos direitos fundamentais, que se evidencia mais fortemente nos direitos sociais pleiteados sob forma de direitos a prestações materiais, impõe a discussão sobre a alocação dos recursos públicos.

Essa relevância econômica justifica, de um lado, o cumprimento dos deveres de informação e transparência, de modo a se aferirem a distribuição e a adequada aplicação dos recursos públicos, em atenção às diretrizes do SUS e aos objetivos fundamentais da República, sobre o orçamento e eficiência das políticas públicas, segundo critérios de racionalidade e proporcionalidade, com vedação do excesso e insuficiência; e, de outra parte, é contrastada com a garantia fundamental de proteção do mínimo existencial, no sentido de salvaguarda das condições materiais mínimas à vida com dignidade e certa qualidade, que permite o desenvolvimento pessoal e a fruição dos demais direitos fundamentais, sociais ou não.

O Judiciário tem sido cada vez mais chamado a arbitrar a solução para os inúmeros conflitos concretos sobre o direito à saúde e alargou suas hipóteses de intervenção direta e controle, inclusive sobre políticas públicas, com destaque para o papel do Supremo

⁶³ LIMA, R. S. de F. Direito à saúde e critérios de aplicação, in: SARLET, I. W; TIMM, L. B. (Org.). Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 11-53 (esp. p. 42-49).

Tribunal Federal nesta seara, por meio de ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção.

É certamente na condição de direito a prestações materiais que o direito à saúde suscita as maiores controvérsias. Há o problema da definição mais precisa do conteúdo das prestações, sendo insuficientes as referências constitucionais às noções de cura, prevenção ou promoção (art. 196), assim como a um imperativo genérico de “integralidade” (art. 198, II).

As dificuldades daí resultantes se evidenciam na prática, mormente nos casos-limite relacionados ao direito à saúde, de tal sorte que a solução judicial dessas questões, mesmo quando alcançada, não deixa de apresentar um efeito colateral questionável e até perverso, no sentido de assegurar o direito apenas àqueles que possuem meios de acesso ao Judiciário.⁶⁴

Em função disso, já há autores⁶⁵ sustentando uma necessária prevalência das ações de caráter coletivo, muitas vezes sob a acepção de políticas públicas, em detrimento de processos de cunho individual, com o argumento de que estes últimos não consistiriam no meio adequado à postulação de prestações materiais relacionadas ao direito à saúde, pois inviabilizariam decisões de “macro-justiça”.

Não se pode deixar de relembrar que o direito à saúde é, antes de tudo, um direito de cada pessoa, visto que intimamente ligado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da própria dignidade inerente a cada ser humano considerado como tal. Jamais poderá de se desconsiderar a tutela pessoal e individual que lhe é inerente e inafastável.

Em relação a isso, tem-se o problema da limitação dos recursos públicos e privados para assegurar o direito fundamental à saúde, que envolve a questão da chamada “reserva do possível” e o debate em torno das decisões acerca da alocação dos recursos públicos.

Pode-se dizer que o argumento da reserva do possível se desdobra em dois aspectos: um primeiro, de contornos fáticos, e o outro, de cunho jurídico. O aspecto fático apresenta caráter econômico e se reporta à noção de limitação dos recursos disponíveis, indagando sobre a existência, a disponibilização e a alocação dos recursos públicos. Não se trata

⁶⁴ LOPES, J. R. de L. Em torno da “reserva do possível”, in: SARLET, I. W; TIMM, L. B., op. cit., p. 173-193 (esp. p. 186 e ss)

⁶⁵ A título ilustrativo, SARLET, I. W; TIMM, L. B., op. cit., sobremodo: TIMM, L. B. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia?, p. 55-68.

apenas de restrições orçamentárias, mas do questionamento acerca da limitação dos recursos sanitários, de leitos em Centros e Unidades de Tratamento Intensivo (CTI's/UTI's), bem como, no limite, da efetiva ausência de reservas financeiras.

Já o aspecto jurídico diz respeito à capacidade ou ao poder de disposição sobre tais recursos e interpretação das normas constitucionais de repartição de competências, pressupondo a ponderação entre vários princípios constitucionais de igual hierarquia axiológica. São confrontados argumentos da inviabilidade de se proceder ao controle judicial das políticas públicas, em especial à decisão sobre a alocação de recursos públicos, destacando-se o princípio constitucional da separação dos poderes, previsto no art. 2º, e a garantia fundamental da inafastabilidade da justiça, previsto no art. 5º, inciso XXXV, ambos da CF/88.

No que tange ao princípio federativo (arts. 1º e 18), a reserva do possível relaciona-se às noções de descentralização, regionalização e hierarquização das ações e dos serviços de saúde, tendo por objetivo, a final, atribuir a responsabilidade ao ente que detenha as condições de melhor realizar o direito à saúde.

A forte tendência jurisprudencial e doutrinária, no sentido de reconhecimento das posições subjetivas, inclusive originárias, decorrente do direito à saúde na condição de direito a prestações materiais, seja na hipótese de iminente risco para a vida humana, seja naquelas em que a prestação possa ser reconduzida à noção de mínimo existencial, isto é, à garantia de condições mínimas à vida com dignidade e certa qualidade.

Neste sentido, cabe mencionar o significativo precedente firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do AgRg no RE 271.286/RS (DJ 24.11.2000), a partir do qual a jurisprudência não apenas dos Tribunais Superiores, mas também nas instâncias ordinárias, vem chancelando a possibilidade de reconhecimento de posições subjetivas originárias às mais diversas prestações materiais, com objetivo de efetivação do direito à saúde.

Quanto à relação entre o direito à saúde e a garantia do mínimo existencial, não se pode deixar de mencionar o precedente estabelecido pelo mesmo Pretório Excelso no julgamento da ADPF-MC 45 (DJ 4.5.2004) que asseverou que a efetivação do direito à saúde liga-se à garantia de proteção ao mínimo existencial, devendo-se interpretar “com reservas” a alegação, por parte do Estado, de violação à reserva do possível, discussão essa que passaremos a demonstrar a diante.

O direito à saúde se reveste de um alto significado social e um irrecusável valor constitucional que não pode ser menosprezado pelo Estado, sob pena de gerar frustração de compromisso constitucional.

O objetivo principal buscado pelo legislador, com relação ao direito à saúde, é a sua devida realização, no sentido de que, uma vez não realizado, será caracterizado como censurável inconstitucionalidade por omissão imputável ao Poder Público, uma vez que presente se faz a Lei da República que o delineou.

O Poder Público não pode omitir-se no gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos sociais, enquanto direitos de segunda geração, caso contrário, se assim agir, restarão comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição Federal, por sua violação negativa, diante da inaceitável inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas ao Estado.

Em sede de implementação e efetivação, os direitos de segunda geração, cujo adimplemento deve ser buscado pelo Poder Público, impõe-se e exige prestações estatais positivas concretizadoras da real proteção individual e coletiva.

Não se pode ignorar que, para a realização dos direitos sociais, além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização, dependendo em grande medida de um caráter financeiro, subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a alegação de incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá exigir, considerando-se uma limitação material para o imediato atendimento ao que determina nossa Carta Política.

No entanto, não se mostra lícito, por parte do Estado, criar qualquer obstáculo a partir de indevida manipulação de sua atividade financeira e político-administrativa com o propósito de fraudar, frustrar e inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.

Sendo a proteção do direito à saúde, um típico direito de prestação positiva, no qual exige iniciativas concretas e reais, com atendimento à todas prerrogativas individuais e coletivas, contidas na Constituição da República, mais especificamente em seu art. 196, tem por fundamento constitucional, cuja densidade normativa não permite, em torno de sua efetiva

realização, que o Poder Público disponha de ampla discricionariedade, ensejando-lhe maior grau de conformação, cujo exercício possa resultar na simples alegação de mera conveniência, nulificação dessa prerrogativa essencial.

O devido cumprimento consagrado no art. 196 da Lei Fundamental do Estado, consistente na obrigação de assegurar, a todos, a proteção à saúde, representando um fator associado a uma solidariedade social, imposta ao Estado, qualquer que seja a dimensão e atue no âmbito da nossa organização federativa.

Sendo assim, faz-se necessária proteção à inviolabilidade do direito à vida e à saúde, que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos, assegurado pela própria Constituição da República em seu art. 5º, “caput” e art. 196.

A discussão se dá em torno de uma tensão dialética entre a necessidade estatal de tornar concretas e reais as ações e prestações de saúde em favor das pessoas, de um lado, e as dificuldades governamentais de viabilizar a alocação de recursos financeiros, sempre tão dramaticamente escassos, de outro.

O compromisso deve ser o de fazer prevalecer os direitos fundamentais da pessoa, dentre os quais avultam, por sua inegável precedência, o direito à vida e o direito à saúde, o que é assegurado generalizadamente a todas as pessoas pela própria Constituição, não podendo perder sua prerrogativa jurídica de indisponibilidade.

Traduz-se como bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade se deve velar, de maneira responsável, o Poder Público, a quem incumbe formular e implementar políticas sociais e econômicas que visem garantir, aos cidadãos, o acesso universal e igualitário à assistência médico-hospitalar.

A regra inscrita no art. 196, sendo norma programática e tendo por destinatário os entes políticos, que compõem o plano institucional de nossa federação, não pode ser convertida em mera promessa constitucional, sob pena de se estar fraudando expectativa garantida à coletividade, substituindo, de maneira ilegítima, o seu dever de cumprimento por atos irresponsáveis por parte do governo.

É dever do Poder Público, a obrigação de tornar efetivas as ações e prestações de saúde, cabendo-lhe promover, em favor das pessoas e das comunidades, medidas preventivas

e de recuperação, tendo por finalidade viabilizar e dar concreção ao que determina o art. 196, no que diz respeito ao direito à saúde.

Clara efetividade dos preceitos fundamentais da Constituição da República, mais especificamente com referência aos artigos 5º, *caput* e 196, é o reconhecimento jurisdicional da validade jurídica de programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, representando uma concreção ao que determinam as normas supracitadas, como um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e nada possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade.

O sentido de fundamentalidade do direito à saúde impõe, ao Poder Público, um dever de prestação positiva que somente se terá por cumprido, pelas instâncias governamentais, quando estas adotarem providências destinadas a promover, em plenitude, a satisfação efetiva da determinação ordenada pelo texto constitucional. Assim, a simples positivação dos direitos sociais, se traduz no estágio necessário ao processo de sua afirmação constitucional e atuação como pressuposto indispensável à sua eficácia jurídica recai, sobre o Estado, inafastável vínculo institucional consistente em conferir real efetividade a tais prerrogativas básicas, em ordem a permitir, às pessoas, nos casos de injustificável inadimplemento da obrigação estatal, que tenham elas acesso a um sistema organizado de garantias instrumentalmente vinculadas à realização, por parte das entidades governamentais, da tarefa que lhes impôs a própria Constituição.

Não basta, portanto, que o Estado meramente proclame o reconhecimento formal de um direito. Torna-se essencial que, para além da simples declaração constitucional desse direito, seja ele integralmente respeitado e plenamente garantido, especialmente naqueles casos em que o direito, como o direito à saúde, qualifica-se como prerrogativa jurídica de que decorre o poder do cidadão de exigir, do Estado, a implementação de prestações positivas impostas pelo próprio ordenamento constitucional.

Com referência ao princípio da proibição do retrocesso, no âmbito dos direitos fundamentais sociais, há o impedimento de que as conquistas já alcançadas, pelos cidadãos ou pela sociedade, sejam desconstituídas.

A cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza

prestacional, como o direito à saúde, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos. Assim, os direitos sociais, bem como os outros direitos, uma vez obtidos em certo grau de realização, passam a instituir uma garantia defendida constitucionalmente.

O princípio em discussão limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de Direito vinculativos da atividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais.

O núcleo essencial dos direitos já realizados e efetivados através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial.

Importante se faz mencionar entendimento apresentado pelo Tribunal Constitucional Português, por meio do acórdão n.º 39/84 que, ao invocar a cláusula da proibição do retrocesso, reconheceu a inconstitucionalidade de ato estatal que revogara garantias já conquistadas em tema de saúde pública, vindo a proferir decisão assim resumida pelo ilustre Relator da causa, Conselheiro Vital Moreira:

“Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção. Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa - a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica -, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode

descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Se o fizesse, incorreria em violação positiva (...) da Constituição. Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixar de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. Este enfoque dos direitos sociais faz hoje parte integrante da concepção deles a teoria constitucional, mesmo lá onde é escasso o elenco constitucional de direitos sociais e onde, portanto, eles têm de ser extraídos de cláusulas gerais, como a cláusula do 'Estado social'."

Sendo assim, não há que se falar em uma atuação estatal a fim de desfazer as conquistas já alcançadas pela sociedade, no que se refere aos direitos fundamentais sociais, vez que já se encontram protegidas constitucionalmente a partir do momento que adentram o mundo jurídico visando um progresso no melhor atendimento à dignidade dos cidadãos.

3. OMISSÃO ESTATAL FRENTE À PRESTAÇÃO DE TUTELA SÓCIO-PROTETIVA

3.1 CONSEQUENCIA: UM DESPRESTÍGIO À CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Em inconstitucionalidade por omissão, o desrespeito à Constituição, tanto pode ocorrer mediante ação estatal quanto mediante inércia governamental. A situação de inconstitucionalidade pode derivar de um comportamento ativo do Poder Público, que age ou edita normas em desacordo com o que dispõe a Constituição, ofendendo-lhe, assim, os preceitos e os princípios que nela se acham consignados.

Essa conduta estatal, que importa em um *facere* (atuação positiva), gera a inconstitucionalidade por ação. Se o Estado deixar de adotar as medidas necessárias à realização concreta dos preceitos da Constituição, em ordem a torná-los efetivos, operantes e exequíveis, abstendo-se, em consequência, de cumprir o dever de prestação que a Constituição lhe impôs, incidirá em violação negativa do texto constitucional. Desse *non facere* ou *non praestare*, resultará a inconstitucionalidade por omissão, que pode ser total, quando é nenhuma a providência adotada, ou parcial, quando é insuficiente a medida efetivada pelo Poder Público.

A omissão do Estado, que deixa de cumprir, em maior ou em menor extensão, a imposição ditada pelo texto constitucional, qualifica-se como comportamento revestido da maior gravidade político-jurídica, eis que, mediante inércia, o Poder Público também desrespeita a Constituição, também ofende direitos que nela se fundam e também impede, por ausência de medidas concretizadoras, a própria aplicabilidade dos postulados e princípios da Lei Fundamental.

A cláusula da “reserva do possível”, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se, dolosamente, do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.

Segundo atual entendimento jurisprudencial, isso significa que a intervenção jurisdicional, justificada pela ocorrência de arbitrária recusa governamental em conferir

significação real ao direito à saúde, tornar-se-á plenamente legítima (sem qualquer ofensa, portanto, ao postulado da separação de poderes).

No entanto, “em face da liberdade de conformação, da democracia e da separação dos poderes, constata-se que, em regra, não há legitimidade para atuação do judiciário em políticas públicas; só excepcionalmente essa situação pode ser permitida. Assim, uma ação judicial legítima na realização de políticas públicas só ocorre, se e somente se, 1) tratar-se de necessidade de sobrevivência ou existencial mínima da pessoa humana; 2) for verificada uma omissão inconstitucional flagrante dos Poderes Legislativo e Executivo; porém, em ambas as hipóteses, desde que, de alguma forma mesmo que deferida, a questão seja tratada com um olhar geral.”⁶⁶

Tem-se que a interpretação da norma programática não pode transformá-la em promessa constitucional inconstitucional. O caráter programático da regra inscrita no art. 196 da Carta Política, que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro, não pode convertê-la em promessa constitucional inconstitucional, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

Cumprir assinalar que a essencialidade do direito à saúde não fez com que o legislador constituinte qualificasse, como prestações de relevância pública, as ações e serviços de saúde (CF, art. 197), em ordem a legitimar a atuação do Poder Judiciário naquelas hipóteses em que os órgãos estatais, anormalmente, deixassem de respeitar o mandamento constitucional, frustrando-lhe, arbitrariamente, a eficácia jurídico-social, seja por intolerável omissão, seja por qualquer outra inaceitável modalidade de comportamento governamental desviante.

O Estado não poderá demitir-se do mandato constitucional, que lhe foi outorgado pelo art. 196, da Constituição, e que representa, como anteriormente já acentuado, fator de limitação da discricionariedade político-administrativa do Poder Público, cujas opções, tratando-se de proteção à saúde, não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio

⁶⁶ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil. Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010. p. 246.

em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social.

Inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos.

A colmatação de omissões inconstitucionais, torna-se uma necessidade institucional quando os órgãos do Poder Público se omitem ou retardam, excessivamente, o cumprimento de obrigações a que estão sujeitos por expressa determinação do próprio estatuto constitucional.

As situações configuradoras de omissão inconstitucional — ainda que se cuide de omissão parcial derivada da insuficiente concretização, pelo Poder Público, do conteúdo material da norma impositiva fundada na Carta Política — refletem comportamento estatal que deve ser repellido, pois a inércia do Estado qualifica-se como uma das causas geradoras dos processos informais de mudança da Constituição, tal como o revela autorizado magistério doutrinário.

O fato inquestionável é um só: a inércia estatal em tornar efetivas as imposições constitucionais, traduz inaceitável gesto de desprezo pela Constituição e configura comportamento que revela um incompreensível sentimento de despreço pela autoridade, pelo valor e pelo alto significado de que se reveste a Constituição da República.

Nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem convenientes aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos.

A percepção da gravidade e das conseqüências lesivas derivadas do gesto infiel do Poder Público que transgride, por omissão ou por insatisfatória concretização, os encargos de que se tornou depositário, por efeito de expressa determinação constitucional, foi revelada, entre nós, já no período monárquico.⁶⁷

⁶⁷ BUENO, Pimenta. *Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Reedição do Ministério da Justiça, 1958. p. 45; SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, item n. 4, 3ª ed.,

O desprestígio da Constituição, por inércia de órgãos meramente constituídos, representa um dos mais graves aspectos da patologia constitucional, pois reflete inaceitável desprezo, por parte das instituições governamentais, da autoridade suprema da Lei Fundamental do Estado.

Essa constatação coloca em pauta o fenômeno da erosão da consciência constitucional, motivado pela instauração, no âmbito do Estado, de um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita como já ressaltado, pelo Supremo Tribunal Federal, em diversos julgamentos, como resulta evidente da seguinte decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

“(...) DESCUMPRIMENTO DE IMPOSIÇÃO CONSTITUCIONAL LEGIFERANTE E DESVALORIZAÇÃO FUNCIONAL DA CONSTITUIÇÃO ESCRITA.

- O Poder Público, quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de legislar, imposto em cláusula constitucional, de caráter mandatório, infringe, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. (ADI 1.484-DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO).

A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado.

A ineficiência administrativa, o descaso governamental com direitos básicos da pessoa (como o direito à saúde), a incapacidade de gerir os recursos públicos, a falta de visão política na justa percepção, pelo administrador, do enorme significado social de que se reveste a proteção à saúde, a inoperância funcional dos gestores públicos, na concretização das imposições constitucionais, não pode e nem deve representar obstáculos à execução, pelo Poder Público, da norma inscrita no art. 196 da Constituição da República, que traduz e impõe, ao Estado, um dever inafastável, sob pena de a ilegitimidade dessa inaceitável omissão governamental importar em grave vulneração a um direito fundamental e que é, no contexto ora examinado, o direito à saúde.

É culturalmente pensado pela política de hoje, que o simples fato de se inserir uma norma na Constituição, esta se tornará de fato efetiva em seus mecanismos para o alcance do seu real objetivo. No entanto, em razão de sua não implementação, facilmente se chega ao que se chama “inexequibilidade da Constituição”⁶⁸, por meio do qual faz tornar os regramentos de nossa Constituição Federal em mero conteúdo formal, de cunho programático.

Em atenção à interpretação econômica, no que refere às normas constitucionais, esclarece FLÁVIO GALDINO que todos os direitos fundamentais, mesmo os de caráter negativo, estão submetidos a um custo financeiro para que seja alcançada sua efetivação e materialização. Sendo assim, “todas as atividades administrativas possuem caráter prestacional, demandando agente públicos e atos materiais que as corporifiquem, sendo inobjetável que todas elas implicam custos para a sociedade”.⁶⁹

Dispõe, ainda, que tais custos financeiros não podem ser vistos como um óbice ao efetivo atendimento dos direitos fundamentais prestacionais, os quais apresentam historicamente a representação de um impedimento ideológico.⁷⁰ O que torna de fato ineficaz a prestação dos direitos sociais não é a sua relação com o orçamento, “mas sim a opção política (justa ou injusta, sindicável judicialmente ou não) de não gastar dinheiro com aquele(s) mesmo(s) ‘direito(s)’. ”⁷¹

Com referência à realidade lusa, CANOTILHO⁷² dispõe que as normas consagradoras de direitos sociais, econômicos e culturais “impõem políticas públicas socialmente ativas”, impondo ao Poderes constituídos à criação das instituições, serviços e fornecimento de prestações. Ao mesmo tempo, aduz ANDREAS KRELL⁷³ que, a decisão sobre a disponibilidade dos recursos “estaria localizado no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através dos orçamentos públicos”. É a famosa liberdade de conformação, que informa que os Poderes cujos membros são eleitos (Legislativo e Executivo)

⁶⁸ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 24ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 389.

⁶⁹ GALDINO, Flávio. Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 217.

⁷⁰ Idem. p. 3233-235.

⁷¹ Idem. p. 235.

⁷² CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª Ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 409.

⁷³ KRELL, Andreas Joachim. Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. p. 52.

teriam liberdade de escolher como e quais direitos realizar, pois seriam os verdadeiros representantes do povo.

Importante se faz a discussão quanto á legitimidade do judiciário para a implementação de toda e qualquer política pública, em caso de omissão inconstitucional, transformando-o “em verdadeiro órgão político, onipresente e onipotente: um *Superpoder*. O que é de todo indesejável.”⁷⁴

Segundo MARIA PAULA DALLARI BUCCI, políticas públicas “são programas de ação governamental visando a coordenar os meios a disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.”⁷⁵ Para JOSÉ AFONSO CARVALHO FILHO, políticas públicas relacionam-se “sem sombra de dúvidas, com o sistema das instituições políticas e das instituições administrativas.” Desse modo, as políticas públicas dizem respeito à política e não ao judiciário.

Sendo assim, a omissão inconstitucional legislativa ocorre “sempre que o legislador não cumpre (ou cumpre insuficientemente) o dever de concretizar imposições constitucionais concretas.”⁷⁶ Desse modo, fica evidenciado que para a efetivação de direitos fundamentais prestacionais, determinados constitucionalmente, é necessário que se alcance a verdadeira concretude das políticas públicas.

3.2 ALTERNATIVAS JUDICIÁRIAS PARA A “RACIONALIZAÇÃO” DA PRESTAÇÃO FUNDAMENTAL DO DIREITO À SAÚDE

É a partir da discussão a respeito da compatibilidade das decisões que vêm sendo tomadas pelo Poder Judiciário, em relação aos critérios e parâmetros jurídicos e políticos, previstos na Constituição Federal sobre o tema da saúde pública, que surge o fenômeno da judicialização acerca do referido tema.

Por conseguinte, cria-se o seguinte dilema em torno da prestação do direito à saúde: o primeiro é o atendimento desse direito que é ostentado de forma individual diante do surgimento de doenças e outros agravos e o segundo é o atendimento a essas pretensões sem que

⁷⁴ FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. Idem. p. 243.

⁷⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Direito Administrativo e Políticas Públicas. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

⁷⁶ KRELL, Andreas Joachim. Idem. p. 86.

se coloque em risco o sistema administrativo, que deve garantir a todos o direito à saúde, conforme determina o art. 198 da CF/88, por meio de desenvolvimentos de atividades preventivas.

Foi preceituado, por meio da Constituição Federal em seu artigo supracitado, incisos I, II e III, que seria por meio da instância de um sistema único e descentralizado, com atendimento integral e participação da comunidade, que se decidiria a respeito do desenvolvimento e implementação das políticas públicas. No entanto, o que tem ocorrido, é a concentração de tais decisões nas mãos de poucos juízes, por meio da judicialização das políticas públicas.

Porém, por mais que se tentem resolver dessa forma, o problema não será solucionado por meio de ferramentas inadequada e ineficazes.

Pode-se dizer que o atual sistema delineado no atendimento de inúmeras demandas de caráter individual, encontra-se em crise, pois de forma clara opõe-se ao sistema único estabelecido em nossa Constituição, bastando que se observe o que determinou o próprio dispositivo constitucional, no sentido de que fosse garantida, mediante políticas sociais e econômicas, a redução do risco de doenças e outros agravos, por meio de acesso universal e igualitário e não, como tem sido feito, por forma meramente individualista.

Dessa forma, surgem inúmeras críticas a esse moderno modelo de demandas em busca da efetivação do direito à saúde, no sentido de que a aplicação feita ao dispositivo constitucional em comento se dá de forma paradoxal, uma vez que o atendimento pelo Poder Judiciário a essas demandas está se fazendo de forma individualizada. Sendo assim, ao mesmo tempo em que se pretende dar eficácia ao dispositivo, o contraria-se em seu texto legal-constitucional.

Essa crise, anteriormente mencionada, e a grande crítica que se faz a esse modo de atendimento do preceito constitucional do direito à saúde dão-se pelo fato de que “no lugar de estruturação de políticas públicas que se possam atuar sistematicamente no sentido da redução de doenças e outros agravos, políticas essas direcionadas ao acesso universal e igualitário às referidas ações e serviços, as quais têm seguramente o escopo de promover, proteger e recuperar a saúde da população, o Poder Judiciário, no trato do tema ora em destaque, na melhor das intenções e sob a provocação das partes necessitadas, acabou por instruir um programa de

atendimento a essas demandas sem a obediência ao preceito que disciplina a imprescindibilidade de fomento das já aludidas políticas públicas e sem a possibilidade de levar adiante do projeto de atendimento universal e igualitário propugnado na Constituição Federal.”⁷⁷

Para que se delineie uma real ligação entre a eficácia dos direitos prestacionais e a democracia, não há que existir uma atuação do judiciário de forma absoluta, desse modo, sempre necessária se faz a devida observância ao *judicial review*, evitando-se a manutenção de uma ordem suprapositiva, devendo essa função de atuação jurisdicional, ser também uma forma de respeitar as escolhas políticas feitas pela sociedade.

Importante dizer que essa grande afirmação e importância que o judiciário dá aos direitos subjetivos constitucionais, de autonomia privada, não devem se sobrepor aos de autonomia pública dos sujeitos constitucionais.

Repisa-se que cabe ao Estado, conforme determinação constitucional, o devido atendimento ao direito à saúde por acesso universal e de forma igualitária, sendo compete ao Sistema Único de Saúde organizar e implementar essas ações e serviços para garantias do direito à saúde, cabendo ao Poder Público a devida fiscalização, com inegável participação da instituições jurídicas.

Para atendimento literal do que determina o texto constitucional, deverá ser observado o caráter da integralidade do atendimento, no sentido de que seja feita a “adoção de ‘todos os procedimentos terapêuticos reconhecidos pela ciência e autorizados pelas autoridades sanitárias competentes’ a serem ‘disponibilizados para a proteção da saúde da população’, independentemente do nível de complexidade envolvido, pois se refere desde os procedimentos ambulatoriais mais simples, incluindo até ‘os transplantes mais complexos.’”⁷⁸

Criado como um sistema de deliberação pública plural, exigindo-se uma constante participação da comunidade, em suas decisões a respeito dos SUS, visando o atendimento do direito à saúde, os magistrados não poderão dispensar os argumentos trazidos por esses sujeitos participantes da essência do sistema, representando, também, a participação na vida social do Estado.

⁷⁷ CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. Direito à Saúde e Respeito à Constituição. In: Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde. Coleção Pensar em Saúde. Vol. 1. Rio de Janeiro: CEBES, 2011, p. 90.

⁷⁸ Brasil. Ministério da Saúde. Secretária de Vigilância em Saúde. Manual de Direito Sanitário com enfoque na Vigilância em Saúde. Brasília: Ministério da Saúde, 2006, p. 75.

Sendo assim, por conseguinte, busca-se uma possível estabilidade para as nossas instituições, no sentido de que o tema saúde pública ganhe maior espaço no âmbito das tutelas e seja diminuída a importância das inúmeras ações de defesa a interesses individuais por saúde.⁷⁹

Para a real alteração desse atual cenário, será necessária uma “conscientização da advocacia, do Ministério Público, das entidades associativas de defesa aos interesses dos usuários do sistema de saúde, bem como dos órgãos de defensoria pública, nas esferas federal, estadual e distrital, sobre a necessidade de veiculação desses interesses por intermédio da ação civil pública, bem como investir no aprofundamento da reflexão, por parte da Magistratura nacional, sobre as peculiaridades que efetivamente cercam a eficácia de suas sentenças.”⁸⁰

Dessa forma, deverá ser determinado pelo judiciário, a partir de suas sentenças, que os efeitos destas se mostrem com eficácia *erga omnes*, pois, desse modo, estar-se-á prestando de fato um atendimento isonômico, no sentido de que a validade de suas regras alcançaram todas as demais relações jurídicas da comunidade, sendo essa a real essência da Ação Civil Pública, que não deve prestar atendimento de forma individual, e sim de forma geral, com a eficácia de modo *erga omnes*.

A sentença prolatada pelos Magistrados deve, ainda, conter a participação efetiva dos agentes técnicos, operadores do sistema de saúde, no sentido de melhor demonstrar quais são de fato os meios e recursos disponíveis para a realização e eficácia das ações e serviços em prol da saúde.

Partindo da idéia que uma sentença de Ação Civil Pública tem características de criação de norma jurídica genérica, não há porque se falar em efeitos de caráter somente inter partes, de cunho individual; como norma jurídica que passa a ser após o transito em julgado da decisão, deve ser aplicada não só àquele caso em concreto, mas a todos os casos futuros que venham a se assemelhar, devendo esses ditames ser seguidos, também, pelo administrador público para a resolução dos casos presentes e futuros.

⁷⁹ CIARLINI, Alvaro Luis de Araujo. Ibidem, p. 96.

⁸⁰ Idem, ibidem, p. 96.

Importante se faz demonstrar o entendimento de Kazuo Watanabe ⁸¹ diante da multiplicidade de demandas que tenham por objeto a tutela de interesses coletivos e difusos, frente às peculiaridades que cercam a especialidade dessas sentenças em ações dessa natureza.⁸²

O crescimento de forma desordenada das prestações individuais e coletivas acaba por trazer sérias consequências ao sistema dos direitos subjetivos, fazendo surgir, consequentemente, uma seletividade do acesso ao direito, o que gera um, por conseguinte, aumento da função política diante de sua garantia.⁸³

Sendo assim, é a partir da participação constante dos Magistrados junto aos operadores do sistema de saúde e técnicos das secretarias de saúde, que melhor se colhe informações necessárias e, assim, melhor orientam suas decisões, fazendo-se eficaz e compatível a participação do Judiciário para a real concretização dos direitos sociais, sem que se negue a aplicação concreta de qualquer norma constitucional.

⁸¹ WATANABE, K. Demandas Coletivas e os problemas Emergente da Práxis Jurídica. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jul/Set 1992, Vol 67, p.15.

⁸² MANCUSO, R. C. Ação Civil Pública – em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2004. P. 434.

⁸³ De GIORGI, Raffaele. Direito, democracia e risco. Vínculos com o futuro. Porto Alegre. Sérgio Antônio Fabris, 1998, p. 111.

CONCLUSÃO

O Estado moderno, apresentando-se cada vez mais social, faz com que prevaleçam os interesses coletivos sob os interesses individuais, procurando realizar o bem-estar sempre de forma igualitária. Efetiva-se, assim, o Estado Democrático de Direito, com a adoção de fins sociais prevalentes à proteção dos fins individuais.

Segundo MEIRELLES TEIXEIRA, em sua obra Curso de Direito Constitucional, os Direitos Sociais como normas programáticas são aquelas “normas constitucionais através das quais o constituinte, em vez de regular, direta e imediatamente, determinados interesses, limitou-se a traçar-lhes os princípios para serem cumpridos pelos seus órgãos (legislativos, executivos, judiciais e administrativos), como programas das respectivas atividades, visando à realização dos fins sociais do Estado.”

A atual Constituição, com relação aos Direitos Sociais Prestacionais, apresenta-se mais avançada em relação às anteriores e, com tais normas, aspira por um valor-fim do Direito que é a justiça social, sendo um compromisso das forças políticas e reivindicações que partem dos populares.

Aos Direitos Sociais Prestacionais é reconhecida a natureza de Direitos Fundamentais e como destaca JOSÉ AFONSO DA SILVA, em Aplicabilidade das Normas Constitucionais, são direitos fundamentais do homem-social, sendo uma forma positiva de dar caráter real e exercício eficaz a todos os direitos e liberdades. Caracterizam-se também como prestações positivas impostas às autoridades públicas pelo Constitucional, chamando-se assim de imposições constitucionais.

Assim, garante ao § 1º do art. 5º que todas serão de aplicabilidade imediata garantindo que o Poder Judiciário, sendo chamado a uma situação concreta que nelas são garantidas, tem o dever de atender ao direito reclamado, observando-se a sua devida aplicação.

Como um instrumento da eficácia constitucional, a ação direta com o intuito de declarar a inconstitucionalidade por omissão, como destaca JOSÉ AFONSO DA SILVA, verifica-se em casos que não são praticados atos necessários para tornar plenamente aplicáveis as normas constitucionais previstas em lei ou providência administrativa ulterior para que os direitos ou situações nelas previstas se efetivem na prática.

Diante de muitos entendimentos jurisprudenciais, pode-se dizer que o poder público deve garantir o efetivo tratamento médico à pessoa necessitada e, se necessário, o fornecimento de medicamentos de forma gratuita, devendo ser observado, contudo, o caráter excepcional de tais medidas.

O conflito e a conseqüente omissão por parte do Estado se dão pela oneração financeira, sendo alegado muitas vezes que será necessário despender recursos públicos indevidamente para o atendimento, e o pronto atendimento ao cidadão, que deve ser atendido de forma prioritária, como é caracterizado na Carta Magna no art. 196 e seguintes.

O poder geral de cautela deve ser atendido como o fim primeiro de assegurar a perfeita eficácia da função jurisdicional. Caso contrário, não estará sendo exercido devidamente o direito constitucional à saúde. A entrega da prestação jurisdicional deve ser buscada pelo magistrado, fazendo com que o cidadão tenha de forma mais fácil, com a ajuda do judiciário, a sua atuação na sociedade.

Não pode ser usada como justificativa ou qualquer obstáculo a inexecução de direitos previstos em constituição, a incapacidade do Estado de gerenciar seus recursos públicos.

Em despacho proferido pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Celso de Mello, no RE 482611, destaca-se que “em tema de implementação de políticas governamentais, previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente nas áreas de saúde pública, a Corte Suprema brasileira tem proferido decisões que neutralizam os efeitos nocivos, lesivos e perversos resultantes da inatividade governamental, em situações nas quais a omissão do Poder Público representava um inaceitável insulto a direitos básicos assegurados pela própria Constituição de República, mas cujo exercício estava sendo inviabilizado por contumaz (e irresponsável) inércia do aparelho estatal.”

As normas programáticas não podem ser interpretadas de forma inconseqüente, pois são, sem dúvidas, revestidas de eficácia jurídica e caráter cogente, logicamente necessário.

Portanto, a ineficiência administrativa, o descaso governamental com os direitos básicos, a incapacidade de dirigir os recursos públicos, a falta de visão, por parte do administrador, do grande significado que se reveste a proteção do direito à saúde, não podem ser

apresentados como impedimentos à execução, pelo Poder Público, de normas inscritas na Constituição da República, que impõe, ao Estado, o dever de garantir tal direito fundamental.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Theorie der Grundrechte**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

Associação Paulista de Medicina. **Por dentro do SUS**. Vol. I. São Paulo: Atheneu, 2007.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. Apresentação: Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 12ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretária de Vigilância em Saúde. **Manual de Direito Sanitário com enfoque na Vigilância em Saúde**. Brasília: Ministério da Saúde, 2006.

Brasil. Ministério da Saúde. Secretaria de Atenção à Saúde. Departamento de Ações Programáticas Estratégicas. **Legislação em saúde: caderno de legislação em saúde do trabalhador**. 2ª ed. rev. e ampl. Brasília: Ministério da Saúde, 2005.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BUENO, Pimenta. **Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império**. Reedição do Ministério da Justiça, 1958.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 1999.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional**. 6ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1996.

CARVALHO, Guido Ivan de e SANTOS, Lenir. **Comentários à Lei Orgânica**. 4ª ed. Campinas: Editora da Unicamp, 2006.

CIARLINI, Álvaro Luis de Araujo. **Direito à Saúde e Respeito à Constituição**. In: Gestão Pública e Relação Público Privado na Saúde. Coleção Pensar em Saúde. Vol. 1. Rio de Janeiro: CEBES, 2011.

COMPARATO, Fábio Konder. **O Ministério Público na Defesa dos Direitos Econômicos, Culturais e Sociais**, in: Sérgio Sérulo da Cunha e Eros Roberto Grau (Org.). Estudos de Direito Constitucional em Homenagem a José Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2003.

De GIORGI, Raffaele. **Direito, democarcia e risco. Vínculos com o futuro.** Porto Alegre. Sérgio Antônio.

DUARTE, F. C. **Qualidade de Vida: A Função Social do Estado**, Revista da Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo, n.º 41, junho/1994. Fabris, 1998.

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** Tradução: Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho. **Neoconstitucionalismo e as possibilidades e os limites do ativismo judicial no Brasil.** Dissertação (mestrado). Universidade Federal de Uberlândia. Programa de Pós-Graduação em Direito, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derechos y Garantias: La ley del más débil.**

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição**, 1986.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Direito Fundamental à Saúde.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

GALDINO, Flávio. **Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

GREGORI, M. S. **Planos de Saúde: A ótica da proteção do consumidor.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

HOLMES, Stephen e SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes.** New York – London: W. W. Norton & Company, 1999.

HORTA, Raul Machado. **Natureza, Limitações e Tendências da Revisão Constitucional**, in: Revista Brasileira de Estudos Políticos nº 78-79, 1994.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional ‘comparado’.** Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002.

LAFER, Celso. **A Reconstrução dos Direitos Humanos: Um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

LEAL, Rogério Gesta. **O Controle Jurisdicional de Políticas Públicas no Brasil: Possibilidades Materiais**, in: Ingo Sarlet (Org.), Jurisdição dos Direitos Fundamentais, Vol. I, Tomo I. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LIMA, R. S. de F. **Direito à saúde e critérios de aplicação**, in: SARLET, I. W; TIMM, L. B. (Org.). Direitos Fundamentais: Orçamento e “Reserva do Possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

LOPES, José Reinaldo de Lima. **“Direito Subjetivo e Direitos Sociais: O Dilema do Judiciário no Estado Social de Direito”**, in: José Eduardo Faria (Org.) *Direitos Humanos, Direitos Sociais e Justiça*. São Paulo: Malheiros, 1994.

LUÑO, Antonio E. Perez. **Los Derechos Fundamentales**. 7ª Ed. Madri: Tecnos, 1998.

MANCUSO, R. C. **Ação Civil Pública – em defesa do Meio Ambiente, do Patrimônio Cultural e dos Consumidores**. 9ª Ed. São Paulo: RT, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Discrecionariade e Controle Jurisdicional**. 2º Ed. 8ª Tir. São Paulo: Malheiros, 2007.

MORAIS, José Luiz Bolzan de. **Do Direito Social aos interesses Transindividuais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1996.

NETO, Cláudio Pereira de Souza. **“A Justiciabilidade dos Direitos Sociais: Críticas e Parâmetros”**, in: *Direitos Sociais*.

PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. **Interpretação Constitucional e Direitos Fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

PINTO, Luzia Marques da Silva Cabral. **Os Limites do Poder Constituinte e a Legitimidade Material da Constituição**. Universidade de Coimbra – Boletim da Faculdade de Direito: Coimbra Editora, 1994.

SANTOS, Lenir e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **“Vinte anos de SUS: O Sistema de Saúde no Brasil no Século XXI”**, in: *Boletim de Direito Administrativo*, ano XXV, n.º 7. São Paulo: Nova Dimensão Jurídica, 2009.

SANTOS, Lenir e ANDRADE, Luiz Odorico Monteiro de. **SUS: o espaço da gestão inovada e dos consensos interfederativos**. Campinas: Conasems/Idisa, 2007.

SANTOS, Lenir. **“Distribuição de Competência no Sistema Único de Saúde: O papel das três esferas de governo no SUS”**. Pan-Americana de Saúde – Representação do Brasil (Org.), Brasília, 1994.

SARLET, Ingo W. e FIGUEIREDO, Mariana F. **“Algumas Considerações sobre o Direito Fundamental à Proteção e Promoção da Saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988”**, in: *Revista do Direito do Consumidor*, ano 17, n.º 67. São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2008.

SARLET, Ingo Wolfgang. **“Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: Seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro”**, in: *Justiça do Trabalho*, ano 26, n.º 305. Porto Alegre: HS Editora, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARMENTO, Daniel. **A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Éticos e Jurídicos**, in: Direitos Sociais.

SCAFF, Fernando Facury. **“Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos”**, in: Revista Interesse Público, n.º 32, 2005.

SCHWARTZ, Germano Andre Doederlein. **Direito à Saúde: Efetivação de uma Perspectiva Sistêmica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCLIAR, Moacyr. **Do Mágico ao Social: A Trajetória da Saúde Pública**. São Paulo: SENAC, 2002.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**, item n. 4, 3ª ed., Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 21ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

WATANABE, K. **Demandas Coletivas e os problemas Emergente da Práxis Jurídica**. São Paulo: Revista dos Tribunais. Jul/Set 1992, Vol 67.

WEIS, Carlos. **Direitos Humanos Contemporâneos**. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.